الدراسات الفقهية (١٧)



القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي

تأليف

د. حمد بن محمد الجابر الهاجري

عضو هيئة التدريس بكلية الشريعة

جامعة الكويت

كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع

الصندوق الخيري لنشر البحوث والرسائل العلمية (٢)

الصندوق الخيري لنشر البحوث والرسائل العلمية
(٢١)
الدراسات الفقهية
(١٧)

القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي

تأليف

د. حمد بن محمد الجابر الهاجري
عضو هيئة التدريس بكلية الشريعة
جامعة الكويت

المجلد الأول

كنوز إشبيليا
للنشر والتوزيع

بسم الله الرحمن الرحيم

أصل هذا الكتاب

رسالة علمية علمية لنيل درجة الدكتوراه، بالجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة.

وقد تكونت لجنة الحكم والمناقشة من كل من:

[١] أ. د. عبدالله بن محمد الطريفي.. مشرفاً ومقرراً.

[٢] أ. د. صالح بن عثمان الهليل .... عضواً.

[٣] أ. د. عبدالمحسن بن محمد المنيف .... عضواً.

وقد نال الباحث درجة الدكتوراه بتقدير ممتاز مرتفع مع مرتبة الشرف الأولى.

القواعد والضوابط الفقهية
في
الضمان المالي

(١)

ح دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع ، ١٤٢٩ هـ

فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر

الهاجري ، حمد بن محمد الجابر

القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي ؛

حمد بن محمد الجابر الهاجري ــ الرياض ١٤٢٩ هـ

٤٣٢ ص ؛ ١٧×٢٤ سم

ردمك : ٧ ــ ٩٦ ــ ٧٠١ ــ ٩٩٦٠ ــ ٩٧٨ (مجموعة)

٤ ــ ٩٧ ــ ٧٠١ ــ ٩٩٦٠ ــ ٩٧٨ (ج ١)

١- الكفالة (فقه إسلامي) ٢ ــ القواعد الفقهية ٣ -المصطلحات

أ ــ العنوان

ديوي ٢٥٣,٩٠٠٦ ٧٤٨٢ / ١٤٢٩

رقم الإيداع : ٧٤٨٢ / ١٤٢٩

ردمك : ٧ ــ ٩٦ ــ ٧٠١ ــ ٩٩٦٠ ــ ٩٧٨ (مجموعة)

٤ ــ ٩٧ ــ ٧٠١ ــ ٩٩٦٠ ــ ٩٧٨ (ج ١)

ساعد على نشره ليباع بسعر التكلفة



مؤسسة سليمان بن عبدالعزيز الراجحي الخيرية

SULAIMAN BIN ABDUL AZIZ AL RAJHI CHARITABLE FOUNDATION

جزاهم الله خيراً

الطبعة الأولى

١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م

دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع



المملكة العربية السعودية ص.ب ٢٧٢٦١ الرياض ١١٤١٧

هاتف: ٤٧٤٢٤٥٨- ٤٧٧٣٩٥٩ - ٤٧٩٤٣٥٤ فاكس: ٤٧٨٧١٤٠

E-mail: eshbelia@hotmail.com

المقَـدّمَـة

[أ] الافتتاحية:

«الحمد لله الذي مهَّد قواعد الدين بكتابه المحكم، وشيَّد معاقد العلم بخطابه وأحكم، وفقّه في دينه من أراد به خيراً من عباده وفهَّم، وأوقف من شاء على ما شاء من أسرار مراده وألهم، فسبحان من حكم فأحكم، وحلّل وحرَّم، وعرَّف وعلّم، علّم بالقلم، علّم الإنسان ما لم يعلم.

وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له شهادة تهدي إلى الطريق الأقوم، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، المخصوص بجوامع الكلم وبدائع الحكم وودائع العلم والحلم والكرم، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم»[1].

أما بعد: فإن علم الفقه من أجلّ علوم الشريعة قدرا، وأشرفها منزلة، وأكثرها نفعاً، وأعظمها عند الله أجراً، فهو ثمرتها وجناها، وعليه مدارها ورحاها؛ إذ به يعبد الإنسان ربه على بصيرة، ويعرف الحلال من الحرام.

وقد تنوع علم الفقه إلى فنون وأنواع[2]، ولا شك أن أهم أنواعه -على الإطلاق- وأعظمها فائدة ونفعاً علم القواعد الفقهية؛ إذ به تنتظم الفروع الفقهية المتباعدة الأطراف المختلفة الأبواب تحت أصل فقهي واحد.

---

(١) تقرير القواعد (١/ ٣-٤).

(٢) كعلم القواعد الفقهية والفروق الفقهية وتخريج الفروع على الأصول وغيرها.

يقول الفقيه عبد الوهاب بن السبكي[(١)] : «وإن تعارض الأمران - يعني حفظ القواعد وحفظ الفروع الفقهية - وقصر وقت طالب العلم عن الجمع بينهما - لضيق أو غيره من آفات الزمان - فالرأي لذي الذهن الصحيح الاقتصار على حفظ القواعد وفهم المآخذ»[(٢)].

وقد أشاد جماعة من العلماء بهذا العلم، وبينوا أهميته ومنزلته.

يقول العلامة أبو العباس القرافي[(٣)] في مقدمة كتابه "الفروق"[(٤)] : «والقسم الثاني: قواعد كلية فقهية جليلة، كثيرة العدد، عظيمة المدد، مشتملة على أسرار الشرع وحكمه، لكل قاعدة من الفروع في الشريعة ما لا يحصى... وهذه

---

(١) هو الفقيه القاضي تاج الدين أبو نصر عبدالوهاب بن علي بن عبدالكافي بن علي بن تمام الأنصاري الخزرجي السبكي، ولد في القاهرة سنة ٧٢٧هـ وقيل غير ذلك، قرأ على والده والمزي والذهبي، وصنف عدة تصانيف منها: الأشباه والنظائر، وطبقات الشافعية، توفي سنة ٧٧١هـ.

انظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة (٢٥٦/٢)، طبقات الشافعية لابن هداية الله (ص٢٧٥).

(٢) الأشباه والنظائر لابن السبكي (١١/١).

(٣) هو العلامة أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبدالرحمن بن عبدالله الصنهاجي البهنسي القرافي، أخذ عن الشيخ عز الدين بن عبد السلام والشيخ محمد بن عمران وغيرهما، له مصنفات كثيرة ومفيدة منها: "الذخيرة" و"الفروق"، توفي سنة ٦٨٤هـ.

انظر: الديباج المذهب (ص١٢٨-١٣٠)، شجرة النور الزكية (ص١٨٨-١٨٩)، الأعلام (٩٤/١-٩٥).

(٤) (٢/١-٣).

القواعد مهمة في الفقه، عظيمة النفع، وبقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه ويشرف، ويظهر رونق الفقه ويعرف، وتتضح مناهج الفتاوى وتكشف، فيها تنافس العلماء، وتفاضل الفضلاء، ويبرز القارح على الجذع، وحاز قصب السبق من فيها برع، ومن جعل يخرج الفروع بالمناسبات الجزئية دون القواعد الكلية تناقضت عليه الفروع واختلفت، وتزلزلت خواطره فيها واضطربت، وضاقت نفسه لذلك وقنطت، واحتاج إلى حفظ الجزئيات التي لا تتناهى، وانتهى العمر ولم تقض نفسه من طلب مناها. ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات؛ لاندراجها في الكليات، واتحد عنده ما تناقض عند غيره»

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية[1]: «لا بد أن يكون مع الإنسان أصول كلية ترد إليها الجزئيات؛ ليتكلم بعلم وعدل، ثم يعرف الجزئيات كيف وقعت؟ وإلاَّ فيبقى في كذب وجهل في الجزئيات، وجهل وظلم في الكليات، فيتولد فساد عظيم»[2].

---

(١) الإمام شيخ الإسلام تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله ابن أبي قاسم الحراني ثم الدمشقي، ولد سنة ٦٦١هـ، وسمع من ابن عبد الدائم وابن أبي اليسر وغيرهما، وردس عليه أبو الحجاج المزي وأبو عبد الله الذهبي وآخرون، له مؤلفات كثيرة ونفيسة منها: درء تعارض العقل والنقل، والصارم المسلول على شاتم الرسول، توفي سنة ٧٢٨هـ في قلعة دمشق معتقلا.

انظر: تذكرة الحفاظ (٤/١٤٩٦-١٤٩٨)، الأعلام العلية في مناقب ابن تيمية، المقصد الأرشد (١/١٣٢-١٣٩).

(٢) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (١٩/٢٠٣).

وقال الفقيه بدر الدين الزركشي[1] في فاتحة كتابه "المنثور"[2]: «فإنّ ضبط الأمور المنتشرة المتعددة في القوانين المتحدة، هو أوعى لحفظها وأدعى لضبطها... وهذه قواعد تضبط للفقيه أصول المذهب، وتطلعه من مآخذ الفقه على نهاية المطلب، وتنظم عقده المنثور في سلك، وتستخرج له ما يدخل تحت ملك».

وقال الحافظ ابن رجب الحنبلي[3] في مستهل كتابه "تقرير القواعد وتحرير الفوائد"[4]: «فهذه قواعد مهمة وفوائد جمة، تضبط للفقيه أصول المذهب، وتطلعه من مآخذ الفقه على ما كان عنه قد تغيب، وتنظم له منثور المسائل في سلك واحد، وتقيد له الشوارد، وتقرب عليه كل متباعد».

---

(١) هو الفقيه الأصولي بدر الدين أبو عبد الله محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي الشافعي، التركي الأصول المصري، ولد سنة ٧٤٥هـ، أخذ عن الشيخين جمال الدين الاسنوي وسراج الدين البلقيني وغيرهما، له مصنفات جليلة: منها "البحر المحيط في أصول الفقه" و"البرهان في علوم القرآن"، توفي سنة ٧٩٤هـ.

انظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة (٤/٣١٩-٣٢٠)، الدرر الكامنة (٣/٣٩٧-٣٩٨).

(٢) (١/٦٥-٦٦).

(٣) هو العلامة الحافظ زين الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسين البغدادي ثم الدمشقي، ولد سنة ٧٠٦هـ، سمع من محمد الخباز وإبراهيم العطار، ولازم مجلس ابن القيم، وسمع منه أحمد بن نصر الله وداود الموصلي، من مؤلفاته: "شرح الأربعين النووية" و"القواعد الفقهية" و"فتح الباري"، توفي سنة ٧٩٥هـ.

انظر: المقصد الأرشد (٢/٨١-٨٣)، السحب الوابلة (٢/٤٧٤-٤٧٦)، مقدمة كتاب تقرير القواعد (١/٤٠-٨٢).

(٤) (١/٤).

ورغم اهتمام العلماء بهذا الفن، وعنايتهم به عناية فائقة، وتصنيفهم المؤلفات فيه، إلا أن المتأمل في كتب القواعد الفقهية يلحظ أن أغلبها مختصة في دائرة مذهب فقهي معين، كما أن كثيرا منها لا يُعْنى بذكر أدلتها والتعليل لها.

لذا فإن علم القواعد الفقهية لم ينضج بعد، فهو بحاجة ماسة إلى مزيد من الدراسات الفقهية المتعمقة والبحوث الشرعية الدقيقة؛ لتقوم بتحريرها وتأصيلها واستيفاء الكلام عليها، وذلك بتبيين المعنى الصحيح لها، وذكر أقوال الفقهاء فيها، مع التدليل والتعليل لها، ومن ثم بيان صحتها من ضعفها، وذكر شروط إعمالها، مع التفريع عليها والتمثيل لها، وذكر مستثنياتها.

ومن تلك القواعد الفقهية التي لا تزال بحاجة إلى دراسة، وجمع شتاتها، وتحرير مسائلها، واستيفاء الكلام عليها: (القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي).

وهو ما وقع الاختيار عليه ليكون موضوعا لرسالتي في مرحلة الدكتوراه.

[ب] أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

تتلخص أهمية الموضوع وأسباب اختياره فيما يلي:

١- إن علم القواعد الفقهية علم جليل القدر، عظيم النفع؛ لما له من أهمية قصوى في الفقه الإسلامي، فأحببت أن أسهم في خدمة هذا العلم الجليل.

٢- إن موضوع القواعد الفقهية لا يزال بحاجة إلى مزيد من العناية والاهتمام من قبل الباحثين، فهناك كثير من الجوانب لم تحظ بدراسة وافية لمباحثها وتفصيلاتها، ومن ذلك قواعد الضمان.

٣- مسيس الحاجة إلى دراسة هذا العلم الجليل وإبرازه؛ وذلك للاستفادة منه في حلّ كثير من المسائل النازلة والحوادث الجديدة المعاصرة، لا سيما ما يتعلق بقضايا الضمان ومسائله.

٤- إن موضوع الضمان له أهمية كبرى في الفقه الإسلامي؛ لأنه موضوع حيوي يتكرر وقوعه ويكثر النّزاع فيه والسؤال عنه، ففي دراسة قواعده وضوابطه فائدة عظيمة ومنفعة جليلة.

٥- إنني من خلال هذا البحث سأتمكن من دراسة كثير من مسائل العقود والمعاملات في الفقه الإسلامي، وهذا فيه فائدة كبيرة.

٦- إن القواعد والضوابط الفقهية في باب الضمان متناثرة، وقد يبذل الباحث جهده ويتعب نفسه في جمعها والوقوف عليها؛ نظرا لتفرق مادتها في كتب العلماء، فأردت جمعها ودراستها في مؤلف لتكون قريبة التناول سهلة المأخذ؛ لما في ذلك من فائدة عظمى لا تخفى على الباحثين.

٧- إنني لا أعلم أحدا - بعد البحث والتقصي - كتب في هذا الموضوع، فأردت أن أكتب فيه، عسى أن يكون في هذه الكتابة سدّ لهذه الثغرة.

بيد أنني أريد أن أنبه في هذا الصدد، أن هناك كتاباً اسمه "نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي" للأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي، وقد عقد فيه فصلاً خاصا بقواعد الضمان الفقهية، وأثناء قراءتي لهذا الفصل لاحظت عليه ما يأتي:

أولاً: إن هذا الفصل مختصر لم يتجاوز خمسا وأربعين صفحة، وقد ذكر المؤلف أنه سيتكلم عليها بإيجاز، فقال في منهجه فيها: «وسنقصر كلامنا على شرح القاعدة وتوضيح معناها وإيراد الأمثلة عليها»[١].

ثانياً: إن المؤلف أدخل فيها بعض القواعد التي ليست بوثيقة الصلة بباب الضمان، كأن تكون قاعدة كبرى، كقاعدة: (الضرر يزال)، أو تكون في موضوعٍ آخر، كقاعدة: (يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان).

ثالثاً: إن المؤلف ذكر عشرين قاعدة فحسب، وقد ذكرت في رسالتي هذه أربعين قاعدة وضابطا.

رابعاً: إن هذا الشرح اقتصر في الغالب الكثير على المذهب الحنفي.

وأختم كلامي على هذا الفصل بنقل كلام للدكتور يعقوب الباحسين حيث يقول: «ففي كتاب "نظرية الضمان" للدكتور وهبة الزحيلي نجد المؤلف عقد فصلا خاصا للقواعد الفقهية المتعلقة بالضمان، ذكر فيه عشرين قاعدة فقهية، شرحها وعلق على كل واحدة منها على انفراد. ولكن مثل هذا العمل محدود، ومنهج الدراسة فيه لم يكن القصد منه تكوين تصور كلي عن الموضوع»[٢].

[جـ] خطة البحث:

تشتمل خطة البحث على مقدمة وتمهيد وأربعة أبواب وخاتمة، وذلك على النحو الآتي:

المقدمة:

تحتوي المقدمة على:

---

(١) نظرية الضمان للزحيلي (ص ١٨٨).

(٢) القواعد الفقهية للباحسين (ص٤٣١-٤٣٢).

(أ) الافتتاحية.

(ب) أهمية الموضوع، وأسباب اختياره.

(جـ) خطة البحث.

(د) منهج البحث.

(هـ) شكر وتقدير.

التمهيد:

يشتمل التمهيد على مبحثين:

المبحث الأول: التعريف بالقاعدة الفقهية:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف القاعدة الفقهية.

المطلب الثاني: الفرق بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهي.

المبحث الثاني: دراسة موجزة عن الضمان:

وفيه سبعة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الضمان لغة واصطلاحا.

المطلب الثاني: الألفاظ ذات الصلة بالضمان.

المطلب الثالث: مشروعية الضمان.

المطلب الرابع: أركان الضمان.

المطلب الخامس: شروط الضمان.

المطلب السادس: أسباب الضمان.

المطلب السابع: أنواع الضمان.

الباب الأول: القواعد المتعلقة بأسباب الضمان:

وفيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول: القواعد المتعلقة بسبب الإتلاف.

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: قاعدة: من أتلف نفسا لنفع يعود إلى نفسه فلا ضمان عليه، وإن كان النفع يعود إلى غيره فعليه الضمان.

وفيه سبعة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ القاعدة.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للقاعدة.

المطلب الرابع: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة.

المطلب الخامس: في نقد القاعدة.

المطلب السادس: في شروط دفع الصائل.

المطلب السابع: من فروع القاعدة.

المبحث الثاني: قاعدة: لا يجب الضمان بإتلاف ملكه إلا إذا تعلق به حق لغيره.

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ القاعدة.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للقاعدة.

المطلب الرابع: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: في حكم إتلاف المرء ماله.

الفرع الثاني: في ضمان الإنسان ما أتلف من ماله.

المطلب الخامس: من فروع القاعدة.

المبحث الثالث: قاعدة: إذا حصل التلف من فعلين أحدهما مأذون فيه، والآخر غير مأذون فيه وجب الضمان كاملاً.

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ القاعدة.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للقاعدة.

المطلب الرابع: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة.

المطلب الخامس: من فروع القاعدة.

الفصل الثاني: القواعد المتعلقة بالتعدي والتفريط.

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: قاعدة: الضمان منوط بالتعدي.

وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ القاعدة.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للقاعدة.

المطلب الرابع: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة.

المطلب الخامس: في القواعد والضوابط الفقهية المندرجة تحت القاعدة.

المطلب السادس: من فروع القاعدة.

المبحث الثاني: قاعدة: المفرط ضامن.

وفيه سبعة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ القاعدة.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة.

المطلب الثالث: في مسائل متعلقة بالتفريط.

المطلب الرابع: في المعنى الإجمالي للقاعدة.

المطلب الخامس: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة.

المطلب السادس: في القواعد والضوابط الفقهية المندرجة تحت القاعدة.

المطلب السابع: من فروع القاعدة.

المبحث الثالث: قاعدة: من ترك واجبا في الصون ضمن:

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ القاعدة.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للقاعدة.

المطلب الرابع: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة.

المطلب الخامس: من فروع القاعدة.

المبحث الرابع: قاعدة: متى فرط العامل في المال أو اعتدى فعليه ضمانه.

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ القاعدة.

المطلب الثاني: في المعنى الإجمالي للقاعدة.

المطلب الثالث: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة.

المطلب الرابع: من فروع القاعدة.

الفصل الثالث: القواعد المتعلقة بسبب العقد واليد.

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: قاعدة: الخراج بالضمان، وقاعدة: الغرم بالغنم.

وفيه سبعة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ القاعدة.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للقاعدة.

المطلب الرابع: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة.

المطلب الخامس: في أنواع الخراج وأثرها في ردّ المبيع بالعيب.

المطلب السادس: في شروط القاعدة.

المطلب السابع: من فروع القاعدة.

المبحث الثاني: قاعدة: فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه.

وفيه سبعة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ القاعدة.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للقاعدة.

المطلب الرابع: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة.

المطلب الخامس: في مسائل متعلقة بالقاعدة.

المطلب السادس: من فروع القاعدة.

المطلب السابع: في مستثنيات القاعدة.

المبحث الثالث: قاعدة: كلّ يَدٍ ترتبت على يَدِ الغاصب فهي يَدُ ضمان:

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ القاعدة.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للقاعدة.

المطلب الرابع: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة.

المطلب الخامس: من فروع القاعدة.

المبحث الرابع: قاعدة: يضمن بالعقد وباليد الأموال المحضة المنقولة إذا وجد فيها النقل:

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ القاعدة.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للقاعدة.

المطلب الرابع: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة:

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: في اشتراط النقل في ضمان الأموال المحضة المنقولة بالعقد واليد.

الفرع الثاني: في ضمان الأموال المحضة غير المنقولة بالعقد واليد.

الفرع الثالث: في حكم ضمان غير الأموال المحضة.

المطلب الخامس: من فروع القاعدة.

المبحث الخامس: قاعدة: الزعيم غارم:

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ القاعدة.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للقاعدة.

المطلب الرابع: في دراسة القاعدة:

وفيه خمسة فروع:

الفرع الأول: في مشروعية الكفالة.

الفرع الثاني: هل يبرأ المضمون عنه بالضمان؟

الفرع الثالث: هل الضمان تعدد لمحل الحق وقيام للضمين مقام المضمون عنه، أو هو استيثاق بمنزلة الرهن؟

الفرع الرابع: في رجوع الضامن على المضمون عنه.

الفرع الخامس: في حكم أخذ الأجرة على الضمان.

المطلب الخامس: من فروع القاعدة.

الباب الثاني: القواعد المتعلقة بالضامن:

وفيه فصلان:

الفصل الأول: القواعد المتعلقة بأهلية الضامن.

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: قاعدة: لا فرق في ضمان المتلف بين العلم والجهل.

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ القاعدة.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للقاعدة.

المطلب الرابع: في دراسة القاعدة:

وفيه فرعان:

الفرع الأول: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة.

الفرع الثاني: في تقييد القاعدة.

المطلب الخامس: من فروع القاعدة.

المبحث الثاني: قاعدة: العمد والخطأ في ضمان الأموال سواء.

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ القاعدة.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة.

المطلب الثاني: في المعنى الإجمالي للقاعدة.

المطلب الرابع: في دراسة القاعدة:

وفيه أربعة فروع:

الفرع الأول: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة.

الفرع الثاني: في تقييد القاعدة.

الفرع الثالث: في ضمان الناسي.

الفرع الرابع: في ضمان الصبي الصغير والمجنون.

المطلب الخامس: من فروع القاعدة.

الفصل الثاني: القواعد المتعلقة بالمباشر والمتسبب.

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: قاعدة: المباشر ضامن وإن لم يتعمد.

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ القاعدة.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة.

المطلب الثاني: في المعنى الإجمالي للقاعدة.

المطلب الرابع: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة.

وفيه ستة فروع:

الفرع الأول: في مباشرة الإتلاف.

الفرع الثاني: في عدم اشتراط التعمد في وجوب الضمان على المتلف المباشر.

الفرع الثالث: في هل يشترط التعدي في وجوب الضمان على المتلف المباشر؟

الفرع الرابع: في بيان خطأ لفظي في بعض صيغ القاعدة.

الفرع الخامس: في شروط القاعدة.

الفرع السادس: في تعدد المباشرين.

المطلب الخامس: من فروع القاعدة.

المبحث الثاني: قاعدة: المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد.

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ القاعدة.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للقاعدة.

المطلب الرابع: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة:

وفيه سبعة فروع:

الفرع الأول: في وجوب الضمان على المتسبب بالإتلاف.

الفرع الثاني: في المراد بالتعدي المشترط في وجوب الضمان على المتلف المتسبب.

الفرع الثالث: في عدم اشتراط التعمد في وجوب الضمان على المتلف المتسبب.

الفرع الرابع: في بيان خطأ لفظي في بعض صيغ القاعدة.

الفرع الخامس: في شروط القاعدة.

الفرع السادس: في تعدد أسباب الضمان.

الفرع السابع: في الاشتراك في التسبب بالتلف.

المطلب الخامس: من فروع القاعدة.

المبحث الثالث: قاعدة: المباشر والمتسبب إذا اجتمعا في الإتلاف فالضمان على المباشر دون المتسبب.

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ القاعدة.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للقاعدة.

المطلب الرابع: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة.

المطلب الخامس: أحوال اجتماع المباشرة والتسبب، مع ذكر الفروع المندرجة تحت كل منها.

المبحث الرابع: قاعدة: يضاف الفعل إلى الفاعل لا إلى الآمر ما لم يكن مجبرا.

وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ القاعدة.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للقاعدة.

المطلب الرابع: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة.

المطلب الخامس: من فروع القاعدة.

المطلب السادس: في مستثنيات القاعدة.

الباب الثالث: القواعد والضوابط المتعلقة بالمضمون.

وفيه فصلان:

الفصل الأول: القواعد المتعلقة بأصول المضمون:

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: قاعدة: المثلي مضمون بمثله والمتقوّم بالقيمة، وقاعدة: الأصل ردّ الحقوق المضمونة بأعيانها عند الإمكان.

وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ القاعدتين.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدتين.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للقاعدتين.

المطلب الرابع: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدتين.

وفيه أربعة فروع:

الفرع الأول: في كيفية ضمان المال الباقي بعينه.

الفرع الثاني: في كيفية ضمان المال المثلي.

الفرع الثالث: في كيفية ضمان المال القيمي.

الفرع الرابع: في تعذر المثل.

المطلب الخامس: من فروع القاعدتين.

المطلب السادس: في مستثنيات قاعدة المثلي والقيمي.

المبحث الثاني: قاعدة: كلّ جملة تكون مضمونة بالمثل يكون النقص الداخل عليها مضمونا بالأرش من القيمة دون المثل.

وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ القاعدة.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للقاعدة.

المطلب الرابع: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة.

المطلب الخامس: في بعض المسائل المتعلقة بالقاعدة.

المطلب السادس: من فروع القاعدة.

المبحث الثالث: قاعدة: ما يوجب ضمان المنقول يوجب ضمان الأصول.

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ القاعدة.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للقاعدة.

المطلب الرابع: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة.

المطلب الخامس: من فروع القاعدة.

الفصل الثاني: القواعد والضوابط المتعلقة بعقود المضمون.

وفيه سبعة مباحث:

المبحث الأول: قاعدة: كل ما جاز بيعه فعلى متلفه القيمة، وما لا يجوز بيعه فلا قيمة على متلفه.

وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ القاعدة.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للقاعدة.

المطلب الرابع: في حقيقة المال والمتقوّم.

المطلب الخامس: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة:

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: في اتفاق الفقهاء على صحة القاعدة.

الفرع الثاني: في أسباب خلاف العلماء في بعض فروع القاعدة.

الفرع الثالث: في أسباب عدم مالية الشيء وتقومه.

المطلب السادس: من فروع القاعدة.

المبحث الثاني: قاعدة: ما تصح إجارته فعلى متلفه الضمان.

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ القاعدة.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للقاعدة.

المطلب الرابع: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة.

المطلب الخامس: من فروع القاعدة.

المبحث الثالث: الضابط الفقهي: ما صح الرهن به صح ضمانه، وما لا فلا:

وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ الضابط.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في الضابط.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للضابط.

المطلب الرابع: في أقوال الفقهاء في الضابط وأدلتهم.

المطلب الخامس: من فروع الضابط.

المطلب السادس: في مستثنيات الضابط.

المبحث الرابع: الضابط الفقهي: العارية مضمونة.

وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ الضابط.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في الضابط.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للضابط.

المطلب الرابع: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في الضابط.

المطلب الخامس: من فروع الضابط.

المطلب السادس: في مستثنيات الضابط.

المبحث الخامس: الضابط الفقهي: إذا استعار شيئاً ليرهنه بدين، فرهنه، فسبيل هذا العقد سبيل العارية أو الضمان؟:

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ الضابط.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في الضابط.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للضابط

المطلب الرابع: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في الضابط:

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: في حكم رهن المستعار.

الفرع الثاني: في التكييف الفقهي لرهن المستعار.

الفرع الثالث: في ضمان العين المستعارة المرهونة.

المطلب الخامس: من فروع الضابط.

المبحث السادس: الضابط الفقهي: كل من غصب شيئاً لزمه رده أو رد قيمته.

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ الضابط.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في الضابط.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للضابط.

المطلب الرابع: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في الضابط.

المطلب الخامس: من فروع الضابط.

المبحث السابع: الضابط الفقهي: الصداق المعين في يد الزوج قبل القبض مضمون ضمان عقد أو ضمان يد؟.

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ الضابط.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في الضابط.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للضابط.

المطلب الرابع: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في الضابط.

المطلب الخامس: من فروع الضابط.

الباب الرابع: القواعد والضوابط المتعلقة بسقوط الضمان.

وفيه فصلان:

الفصل الأول: القواعد والضوابط المتعلقة بسقوط الضمان لعدم الاعتداء.

وفيه تسعة مباحث:

المبحث الأول: قاعدة: الجواز الشرعي ينافي الضمان.

وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ القاعدة.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للقاعدة.

المطلب الرابع: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة.

المطلب الخامس: في شروط القاعدة.

المطلب السادس: من فروع القاعدة.

المبحث الثاني: قاعدة: إذن المالك في التصرفات يسقط الضمان:

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ القاعدة.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للقاعدة.

المطلب الرابع: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة.

المطلب الخامس: من فروع القاعدة.

المبحث الثالث: قاعدة: الأمانة غير مضمونة.

وفيه سبعة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ القاعدة.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للقاعدة.

المطلب الرابع: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة.

المطلب الخامس: في تقييد القاعدة.

المطلب السادس: في القواعد والضوابط الفقهية المندرجة تحت القاعدة.

المطلب السابع: من فروع القاعدة.

المبحث الرابع: قاعدة: كل ما قبضه الإنسان من غيره بغير عوض فهو غير مضمون عليه:

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ القاعدة.

المطلب الثاني: في المعنى الإجمالي للقاعدة.

المطلب الثالث: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة.

المطلب الرابع: من فروع القاعدة.

المبحث الخامس: الضابط الفقهي: الرهن أمانة في يد المرتهن غير مضمون.

وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ الضابط.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في الضابط.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للضابط.

المطلب الرابع: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في الضابط.

المطلب الخامس: في كيفية ضمان المرتهن للرهن.

المطلب السادس: من فروع الضابط.

المبحث السادس: الضابط الفقهي: الضمان لا يجب على المودع إلا بالتعدي.

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ الضابط.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في الضابط.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للضابط.

المطلب الرابع: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في الضابط.

المطلب الخامس: من فروع الضابط.

المبحث السابع: قاعدة: من أتلف شيئاً لدفع أذاه له لم يضمنه، وإن أتلفه لدفع أذاه به ضمنه.

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ القاعدة.

المطلب الثاني: في المعنى الإجمالي للقاعدة.

المطلب الثالث: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة.

المطلب الرابع: من فروع القاعدة.

المبحث الثامن: قاعدة: جناية العجماء جبار.

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ القاعدة.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للقاعدة.

الطلب الرابع: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة.

المطلب الخامس: من فروع القاعدة.

المبحث التاسع: قاعدة: من لم يجن لا يطالب بجناية من جنى.

وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ القاعدة.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للقاعدة.

المطلب الرابع: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة.

المطلب الخامس: من فروع القاعدة.

المطلب السادس: في مستثنيات القاعدة.

الفصل الثاني: القواعد المتعلقة بسقوط الضمان لمانع.

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: قاعدة: الأجر والضمان لا يجتمعان.

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ القاعدة.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للقاعدة.

المطلب الرابع: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة.

المطلب الخامس: من فروع القاعدة.

المبحث الثاني: قاعدة: لا يتوالى ضمان عقدين في شيء واحد.

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ القاعدة.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للقاعدة.

المطلب الرابع: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة.

المطلب الخامس: من فروع القاعدة.

المبحث الثالث: قاعدة: كل ما لا يضمن من المتلفات المأخوذة بإشهاد لا يضمن إذا أخذ بغير إشهاد.

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ القاعدة.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للقاعدة.

المطلب الرابع: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة.

المطلب الخامس: من فروع القاعدة.

الخاتمة:

وقد سجلت فيها أبرز النتائج التي توصلت إليها من خلال دراستي لهذا الموضوع.

والله ولي التوفيق.

[د] منهج البحث:

أولاً: منهجي في دراسة القواعد والضوابط الفقهية:

سلكت في دراستي للقواعد والضوابط الفقهية منهجا يتلخص فيما يأتي:

١- بدأت بذكر القاعدة أو الضابط، ثم بينت صيغها إن كان لها أكثر من صيغة.

٢- شرحت الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية الواردة في القاعدة أو الضابط.

٣- ذكرت المعنى الإجمالي للقاعدة أو الضابط.

٤- ذكرت كلام العلماء في القاعدة أو الضابط، ثم بينت أقوالهم فيها اتفاقا واختلافا، مع ذكر أدلتهم والقول المختار، مع أسباب اختياره.

٥- ذكرت الشروط التي يجب توفرها لإعمال القاعدة - إن كان لها شروط -.

٦- ذكرت القواعد والضوابط الفقهية المندرجة تحت القاعدة - إن وجدت ذلك -.

٧- مثَّلت للقاعدة أو الضابط ببعض الفروع الفقهية المندرجة تحتها، مع محاولة التمثيل ببعض المسائل المعاصرة.

٨- ذكرت المسائل الفقهية التي استثناها العلماء من القاعدة أو الضابط - إن وجدت ذلك -.

ثانياً: منهجي العام في البحث:

يمكن تلخيص منهجي العام في إعداد الرسالة في النقاط التالية:

١- اعتمدت على المصادر الأصيلة من كتب الفقه والقواعد الفقهية، مع الاستفادة من البحوث العلمية والدراسات المعاصرة المتاحة في الموضوع.

٢- قمت بعزو الآيات القرآنية بذكر اسم السورة ورقم الآية، مع كتابتها بالرسم العثماني.

٣- قمت بتخريج الأحاديث النبوية عند أول ذكر لها: فإن كان الحديث في الصحيحين أو في أحدهما اكتفيت بتخريجه منهما أو من أحدهما، وإن كان في غيرهما خرجته من كتب السنة المعتمدة، مع ذكر أقوال أهل العلم فيها من حيث الصحة والضعف.

٤- خرّجت الآثار من مظانها عند أول ذكرها، مع ذكر أقوال أهل العلم فيها من حيث الصحة والضعف - إن وجدت ذلك -.

٥- وثقت ما نقلته من كلام لأهل العلم بالإحالة إلى مصادرها.

٦- ترجمت للأعلام الواردة أسماؤهم في البحث باختصار ما عدا المعاصرين.

٧- شرحت المصطلحات العلمية والكلمات الغريبة التي تحتاج إلى بيان.

٨- وضعت خاتمة في آخر الرسالة، ذكرت فيها أهم النتائج التي توصلت إليها من خلال دراستي لهذا الموضوع.

٩- وضعت فهارس علمية تفصيلية في آخر الرسالة، وهي:

(أ) فهرس الآيات القرآنية مرتبة حسب ورودها في السورة، وحسب ترتيب السور في المصحف الشريف.

(ب) فهرس الأحاديث النبوية مرتبة على الحروف الهجائية.

(جـ) فهرس الآثار مرتبة على الحروف الهجائية.

(د) فهرس الأعلام المترجم لهم مرتبين على الحروف الهجائية.

(هـ) فهرس المصطلحات العلمية والكلمات الغريبة مرتبة على الحروف الهجائية.

(و) فهرس الأنظام.

(ز) فهرس القواعد والضوابط الفقهية مرتبة على الحروف الهجائية.

(ح) فهرس المصادر والمراجع مرتبة على الحروف الهجائية.

(ط) فهرس الموضوعات.

[هـ] شكر وتقدير:

الحمد لله حمدا كثيراً طيبا مباركا فيه كما يحب ربنا ويرضى، وكما يليق بعظيم وجهه وجلال سلطانه، أحمده سبحانه على نعمه العظيمة وآلائه الجسيمة، والتي منها نعمة إتمام هذه الرسالة، التي لولاه لما تمّ شيء منها.

ثم إني أتوجه بالشكر الجزيل إلى والديّ الكريمين على ما لقيته منهما من تربية وتوجيه وبذل للغالي والنفيس، مما يعجز القلم عن كتابته، واللسان عن ذكره، فرحم الله المتوفى منهما، وبارك فيما بقي من عمر الباقية.

كما أشكر الحكومة السعودية على ما توليه من اهتمام وعناية بأبناء المسلمين، ودعم لقضايا الإسلام والمسلمين في أنحاء العالم، وما الجامعة الإسلامية إلا حسنة من حسناتهم، سائلاً الله عزّ وجلّ أن يثيبهم ويبارك في جهودهم، وأن يجعل ذلك في ميزان حسناتهم وصحائف أعمالهم.

ثم أتقدم بجزيل الشكر وعاطر الثناء للقائمين على الجامعة الإسلامية بالمدينة النبوية - حرسها الله - على ما يبذلونه من خدمة لأبناء هذه الأمة الذين يفدون إليها من جميع أصقاع الدنيا، مما كان له أثر ملحوظ في نشر العقيدة السلفية الصافية من شوائب الشرك وغوائل البدعة، ونشر الفقه الإسلامي المصفى المبني على أدلة الكتاب والسنة طبقا لفهم سلف هذه الأمة، فجزاهم الله خيراً وأدام نعمته علينا وعليهم، وأدام النفع بهذه المؤسسة التعليمية المباركة.

وأخص منهم بالذكر معالي مدير الجامعة والقائمين على كلية الشريعة وقسم الفقه بها وعمادة الدراسات العليا وأساتذتي الذين تلقيت العلم عنهم في رحاب هذه الجامعة المباركة، سائلاً الله عزّ وجلّ أن يجزيهم عنّي وعن سائر أبناء المسلمين خير الجزاء.

ثم إنه لا يفوتني في هذا المقام أن أتوجه بخالص شكري وعظيم امتناني إلى فضيلة شيخي الجليل الأستاذ الدكتور عبد الله بن محمد الطريقي وكيل الجامعة الأسبق للدراسات العليا والبحث العلمي والأستاذ في قسم الدراسات العليا بكلية الشريعة، على ما تحمل من أعباء الإشراف على هذه الرسالة، وما أفادني به من علمه الغزير وتوجيهاته السديدة وملحوظاته القيمة وأخلاقه الكريمة وأدبه الجم، مما كان له عظيم الأثر في إنجاز هذه الرسالة وإخراجها بهذه الصورة، فجزاه الله عني خير الجزاء وبارك له في عمره وذريته وعلمه.

ولا يفوتني أيضا أن أقدم خالص شكري وتقديري إلى جامعة الكويت والمكتب الثقافي في سفارة الكويت بالرياض على ما يقدمونه من اهتمام بالغ ورعاية فائقة لأبنائهم الطلاب المبتعثين فجزاهم الله خيراً ووفقهم لما يحبه ويرضاه.

وختاماً فإني لا أدعي أني قد بلغت في هذه الرسالة الكمال، ولا أني قد أصبت في كل ما قلته وقصدت؛ لأن الخطأ والنقصان من طبيعة البشر، ولكن حسبي أني قد بذلت جهدي ووسع طاقتي، فما كان فيه من صواب فمن الله وحده، وله الفضل والمن والحمد، وما كان فيه من خطأ فمن نفسي والشيطان، وأستغفر الله منه.

وأسأل الله سبحانه بأسمائه الحسنى وصفاته العلى أن يجعل عملي هذا خالصاً لوجهه الكريم، نافعا لكل من اطلع عليه، وأن يجعله في ميزان حسناتي يوم لا ينفع مال ولا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم، وصلى الله وسلم وبارك على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

التمهيد

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: التعريف بالقاعدة الفقهية.

المبحث الثاني: دراسة موجزة عن الضمان.

المبحث الأول
التعريف بالقاعدة الفقهية

وفيه مطلبان:

المطلب الأول
تعريف القاعدة الفقهية

لما كان لفظ (القاعدة الفقهية) مركباً وصفياً من كلمتين، إحداهما مضاف، وهو القاعدة، والأخرى مضاف إليه، وهو الفقهية، فإن معرفة معناها باعتبارها علما ولقبا متوقف على معرفة كل كلمة منها على حدة؛ لذا كان من المناسب أولاً تعريف كل كلمة على حدة، ثم تعريفها باعتبارها علما ولقبا، وذلك من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: في تعريف القاعدة الفقهية باعتبارها مركبا وصفيا:

أولاً: تعريف القاعدة:

(أ) تعريف القاعدة لغة:

القاعدة: تجمع على قواعد، وهي بمعنى الثبات والاستقرار، ومن ذلك (المُقعد): وهو المريض الذي لا يقدر على القيام، سمي بذلك لقراره بالأرض، ومنه (قعيدة الرجل): وهي امرأته القاعدة في بيته؛ سميت بذلك لكثرة قرارها في البيت.

وتأتي القاعدة بمعنى الأس الذي يبنى عليه. فقاعدة كل شيء: أساسه، ومنه قواعد البيت، أي أساطين البناء وأعمدته وأصوله التي يبنى عليها، ومن

هذا المعنى قول الله جل وعلا: ﴿وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ﴾[1]، وقوله سبحانه: ﴿فَأَتَى اللَّهُ بُنْيَانَهُم مِّنَ الْقَوَاعِدِ﴾[2].

ومنه قواعد الهودج: وهي أخشاب أربع معترضة في أسفله، تركب فيهن عيدانه، وهي تجري مجرى قواعد البناء.

ومنه قواعد السحاب: وهي أصوله المعترضة في آفاق السماء.

والحاصل أن القاعدة هي أساس الشيء وأصله، سواء كان ذلك الشيء حسيًّا كقواعد البيت وقواعد الهودج، أو معنويا كقواعد الدين أي دعائمه، وقواعد الفقه أي: أسسه التي تبنى عليها فروعه[3].

(ب) تعريف القاعدة في الاصطلاح العام:

ذكر العلماء للقاعدة بمعناها العام تعريفات كثيرة، لكنها - وإن اختلفت ألفاظها - تؤول إلى معنى واحد، ولعل من أحسن ما قيل في تعريفها هو أنها: «قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها»[4].

---

(١) سورة البقرة، الآية [١٢٧].

(٢) سورة النحل، [٢٦].

(٣) انظر: تهذيب اللغة (١/ ٢٠٤)، الصحاح (٢/ ٥٢٦)، معجم مقاييس اللغة (٥/ ١٠٨)، لسان العرب (٣/ ٣٥٧-٣٦٤).

(٤) التعريفات (ص١٧١). وانظر: المصباح المنير (ص١٩٥)، التلويح على التوضيح (١/ ٢٠)، التحرير مع التقرير والتحبير (١/ ٢٩)، شرح الكوكب المنير (١/ ٤٤-٤٥)، الكليات (ص٧٢٨)، كشاف اصطلاحات الفنون (٢/ ١٢٩٥).

ثانياً: تعريف الفقه:

(أ) تعريف الفقه لغة:

الفقه - بكسر الفاء -: العلم بالشيء والفهم له والفطنة، يقال: (فقِه الرجل) - بكسر القاف - إذا فهم وعلم وفطن، و(فقُه) - بضم القاف - يستعمل في النعت، يقال: (فقُه الرجل) إذا صار فقيها، وصار له الفقه نعتا وسجية.

وهذا ما ذهب إليه جمهور أهل اللغة، وهو أن الفقه بمعنى الفهم المطلق(١).

وخصّه جماعة بفهم الأشياء الدقيقة الخفية(٢).

وقال آخرون: هو فهم غرض المتكلم من كلامه(٣).

ولعلّ أولى الأقوال بالقبول ما ذهب إليه جمهور أهل اللغة، وهو القول بأن الفقه هو الفهم مطلقا؛ وذلك للأسباب التالية:

١ - مجيء لفظ (الفقه) في القرآن الكريم بمعنى الفهم مطلقا، ومن ذلك قول الله تعالى: ﴿ قَالُواْ يَٰشُعَيۡبُ مَا نَفۡقَهُ كَثِيرٗا مِّمَّا تَقُولُ ﴾(٤) بمعنى ما نفهم كثيرا من قولك(٥)، ومنه قوله جل وعلا عن الكفار: ﴿ فَمَالِ هَٰٓؤُلَآءِ ٱلۡقَوۡمِ لَا يَكَادُونَ يَفۡقَهُونَ حَدِيثٗا ﴾(٦)

---

(١) انظر: تهذيب اللغة (٥/٤٠٤)، الصحاح (٦/٢٢٤٣)، معجم مقاييس اللغة (٤/٤٤٢)، لسان العرب (١٣/٥٢٢). وانظر في كتب أصول الفقه: روضة الناظر (١/٥٨)، الإحكام للآمدي (١/٦)، بيان المختصر (١/١٨)، نهاية السول (١/٨)، إرشاد الفحول (١/٤٧).

(٢) انظر: شرح اللمع (١/١٥٧)، شرح تنقيح الفصول (ص١٧)، نهاية السول (١/٨)، شرح الكوكب المنير (١/٤١).

(٣) انظر: نهاية السول (١/٨)، التعريفات (ص١٦٨)، شرح الكوكب المنير (١/٤١).

(٤) سورة هود، الآية [٩١].

(٥) انظر: تفسير القرآن العظيم (٢/٤٣٩).

(٦) سورة النساء، الآية [٧٨].

أي لا يفهمون حديثاً بالكلية ولا يقربون من فهمه[١].

٢- مجيء لفظ الفقه في الحديث النبوي الشريف بمعنى الفهم المطلق، ومن ذلك قول النبي ﷺ: «من يرد الله به خيرا يفقهه في الدين»[٢] بمعنى يفهّمه[٣].

٣- إن كتب اللغة ذكرت أن الفقه يأتي بمعنى الفهم المطلق، ولم تقيده بشيء آخر[٤].

(ب) تعريف الفقه اصطلاحاً:

عرّف الفقه في الاصطلاح بتعريفات كثيرة، لعل من أشهرها وأكثرها شيوعا وشمولا وصحة تعريفهم بأنه: «العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية»[٥].

شرح التعريف وبيان محترازاته:

العلم: هو معرفة الشيء على ما هو به[٦]، وهو جنس في التعريف، وما بعده قيود لإخراج ما ليس من الفقه[٧].

---

(١) تيسير الكريم الرحمن (ص١٨٩).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب العلم، باب من يرد الله به خيرا يفقهه في الدين (١/ ٤٢) برقم ٧١، ومسلم في صحيحه: كتاب الزكاة، باب النهي عن المسألة (٢/٧١٨) برقم (١٠٣٧) من حديث معاوية رضي الله عنه.

(٣) فتح الباري (١/١٩٨).

(٤) انظر: تهذيب اللغة (٥/٤٠٤)، الصحاح (٦/٢٢٤٣) معجم مقاييس اللغة (٤/ ٤٤٢)، لسان العرب (١٣/ ٥٢٢)، نهاية السول (١/٨)، تاريخ الفقه الإسلامي للأشقر (ص١٠).

(٥) منهاج الأصول مع نهاية السول (١/ ٢٢). وانظر: الإحكام للآمدي (١/ ٦)، روضة الناظر (١/ ٩٥)، شرح الكوكب المنير (١/ ٤١).

(٦) الحدود للباجي (ص٢٤). وانظر: التعريفات (ص١٥٥).

(٧) انظر: نهاية السول (١/ ٢٢).

الأحكام: جمع حكم، وهو إسناد أمر إلى آخر سلباً أو إيجابا[١]، وهو قيد أول يدخل فيه الأحكام التكليفية والوضعية، ويخرج ما ليس بأحكام كالعلم بالذوات كزيد. والعلم بالصفات، كالسواد. والعلم بالأفعال، كالقيام[٢].

الشرعية: أي المنسوبة إلى الشرع، وهو قيد ثان في التعريف لإخراج الأحكام غير الشرعية كالأحكام العرفية أو الحسابية أو الهندسية واللغوية وغيرها مما ليس شرعياً[٣].

العملية: أي المتعلقة بما يصدر من الناس من أفعال كالصلاة والحج والبيع، وهو قيد ثالث لإخراج الأحكام الشرعية غير العملية، وهي الأحكام الاعتقادية[٤].

من أدلتها: أي من أدلة الأحكام الشرعية، وهو قيد رابع ليخرج ما علم من غير دليل، كعلم المقلد الذي لم يجتهد في تحصيل الأحكام من الأدلة الشرعية[٥].

التفصيلية: أي الأدلة المفصلة المعينة، وهو قيد خامس لإخراج الأدلة الإجمالية كمطلق الأمر ومطلق الإجماع، فالبحث فيها من شأن علم أصول الفقه[٦].

---

(١) انظر: التعريفات (ص٩٢).

(٢) انظر: نهاية السول (١/٢٢)، شرح الكوكب المنير (١/٤٢).

(٣) انظر: نهاية السول (١/٢٩).

(٤) انظر: نهاية السول (١/٢٩)، أصول الفقه للباحسين (ص٨٢).

(٥) انظر: نهاية السول (١/٣٦)، شرح الكوكب المنير (١/٤٤).

(٦) انظر: أصول الفقه للباحسين (ص٨٣).

الفرع الثاني: تعريف (القاعدة الفقهية) باعتبارها علماً ولقبا:

إن المتأمل في تعاريف الفقهاء للقاعدة يلاحظ أنهم سلكوا في ذلك مسلكين:

المسلك الأول: وهم الذين عرفوا القاعدة بمعناها العام، من غير أن يقيدوها بالفقه، ومن ذلك تعريف عبد الوهاب السبكي حيث قال في تعريفها:

«فالقاعدة: الأمر الكلي الذي ينطبق عليه جزئيات كثيرة تفهم أحكامها منها»[(١)].

المسلك الثاني: وهم الذين ميزوا القاعدة الفقهية عن المفهوم العام للقاعدة:

وقد انقسم أصحاب هذا المسلك - من قدامى ومحدثين - إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: وهم الذين يرون أن القاعدة الفقهية كلية:

وهذه بعض تعاريفهم:

١ - قال أبوعبد الله المقري[(٢)]: «ونعني بالقاعدة: كل كليّ، هو أخص من

(١) الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/ ١١). وانظر: مختصر من قواعد العلائي وكلام الإسنوي (١/ ٦٤)، كشاف القناع (١/ ١٦)، شرح المنهج المنتخب (ص ١٠٠)، درر الحكام (١/ ١٩).

(٢) هو: محمد بن محمد بن أحمد، أبو عبد الله القرشي المقري التلمساني المالكي، كان من مجتهدي المذهب، وفي زمانه من أعلم أهل المغرب، وقد تتلمذ على عدد وافر من علماء عصره منهم: أبو زيد عبد الرحمن بن محمد وأخوه أبو موسى ومحمد بن سليمان السَّطّي وغيرهم، كما تتلمذ عليه غير واحد منهم: محمد بن عبد الله بن الخطيب لسان الدين المشهور بذي الوزارتين وعبد الرحمن بن محمد بن خلدون المؤرخ وإبراهيم بن موسى الشاطبي صاحب الموافقات وغيرهم، ومن مؤلفاته: "القواعد" و"عمل من طب لمن حب" و"أحاديث الأحكام" وغيرها، توفي سنة ٧٥٨هـ.

انظر: الديباج المذهب (ص٣٨٢)، الإحاطة في أخبار غرناطة (٢/ ١٩١)، معجم المؤلفين (٢/ ٣٠٠).

الأصول وسائر المعاني العقلية العامة، وأعمّ من العقود وجملة الضوابط الفقهية الخاصة»[1].

٢- قال مصطفى الزرقا[2]: «فالقواعد الفقهية هي: أصول فقهية كلية في نصوص موجزة دستورية تتضمن أحكاماً تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها»[3].

٣- قال عبد الرحمن الشعلان في تعريفها: «هي حكم كلي فقهي ينطبق على جزئيات كثيرة من أكثر من باب»[4].

٤- قال يعقوب الباحسين في تعريفها: «قضية كلية شرعية عملية، جزئياتها قضايا كلية شرعية عملية. أو: قضية فقهية كلية، جزئياتها قضايا فقهية كلية»[5].

---

(١) القواعد للمقري (١/٢١٢).

(٢) هو الفقيه الأصولي الشيخ مصطفى بن الشيخ أحمد بن الشيخ محمد بن السيد عثمان بن الحاج محمد بن عبد القادر الزرقا، ولد في حلب سنة ١٣٢٢هـ، درس على والده والشيخ محمد راغب الطباخ وغيرهما، ومن تلاميذه: عبد الفتاح أبو غدة ومحمد فوزي فيض الله وآخرون، وله مؤلفات منها: "المدخل الفقهي العام" و"المدخل إلى نظرية الالتزام العامة" و"أحكام الأوقاف" وغيرها، توفي في ١٩/ربيع الأول/١٤٢٠هـ.

انظر: علماء ومفكرون عرفتهم (٢/٣٤٣-٣٧٠)، مقدمة كتابه "فتاوى مصطفى الزرقا" (ص٢١-٣٦).

(٣) المدخل الفقهي للزرقا (٢/٩٤٧).

(٤) مقدمة تحقيقه لكتاب القواعد للحصني (١/٢٣).

(٥) القواعد الفقهية للباحسين (ص٥٤).

القسم الثاني: وهم الذين يرون أن القاعدة الفقهية أغلبية (أكثرية).

وهذه بعض تعاريفهم:

١- قال أحمد الحموي[1] في تعريف القاعدة عند الفقهاء: «حكم أكثري لا كلي ينطبق على أكثر جزئياته لتعرف أحكامها منها»[2].

٢- قال أحمد بن حميد في تعريفها: «حكم أغلبي يتعرف منه حكم الجزئيات الفقهية مباشرة»[3].

القسم الثالث: وهم الذين يرون أن القاعدة الفقهية أعم من كونها كلية أو أغلبية:

وممن ذهب إلى هذا الرأي:

١- محمد الخادمي[4]، حيث يقول: «خاتمة: في قواعد كلية أو أكثرية مهمة نافعة»[5]، ثم ذكر مجموعة من القواعد الفقهية.

---

(١) هو الفقيه شهاب الدين أبو العباس أحمد بن محمد مكي الحسيني الحموي، أحد علماء الحنفية، حموي الأصل، مصري، درس بالمدرسة السليمانية بالقاهرة، وتولى إفتاء الحنفية، وصنف كتبا كثيرة منها: "غمز عيون البصائر" في شرح الأشباه والنظائر لابن نجيم، و"سمط الفوائد وعقال المسائل الشوارد"، توفي سنة ١٠٩٨هـ.
هدية العارفين (٥/١٦٤-١٦٥)، الأعلام للزركلي (١/٢٣٩).

(٢) غمز عيون البصائر (١/٥١).

(٣) مقدمة تحقيقه لكتاب القواعد للمقري (١/١٠٧).

(٤) هو الفقيه أبو سعيد محمد بن مصطفى بن عثمان الحسيني الخادمي النقشبندي الحنفي، ولد في خادم من أعمال ولاية قونية بالأناضول، له مؤلفات: "البريقة المحمودية في شرح الطريقة المحمدية" و"حاشية على الدرر والغرر لملا خسرو" و"مجامع الحقائق"، توفي سنة ١١٧٦هـ.
انظر: هدية العارفين (٦/٣٣٣-٣٣٤)، معجم المؤلفين (٣/٧٢١).

(٥) مجامع الحقائق مع منافع الدقائق (ص٣٠٥).

٢- مصطفى المرادي الرومي[1]، حيث يقول في تعريف القاعدة: «وأما في الاصطلاح: فحكم كلي ينطبق على جميع جزئياته ليتعرف به أحكام الجزئيات والتي تندرج تحتها من الحكم... قيل: هذا عند غير الفقهاء، وأما عندهم: فحكم أكثري ينطبق على أكثر جزئياته، لكن المختار كون القواعد أعم من أن تكون كلية أو أكثرية كما أشار إليه المصنف»[2].

٣- علي الندوي، حيث يقول: «إذاً فإن القاعدة أعم من أن تكون كلية أو أكثرية»[3].

وقال أيضا: «يمكن أن نعرف القاعدة الفقهية بأحد التعريفين:

أحدها: بأنها حكم شرعي في قضية أغلبية يتعرف منها أحكام ما دخل تحتها.

والثاني: أصل فقهي كلي يتضمن أحكاما تشريعية عامة من أبواب متعددة في القضايا التي تدخل تحت موضوعه»[4].

هذا ما تيسر ذكره من هذه التعاريف - في الأقسام الثلاثة -، ولا يظهر لي مانع من وصف القاعدة الفقهية بكلا الوصفين - أعني الكلية والأغلبية -. فإن

---

(١) هو الفقيه مصطفى بن محمد الكوزلحصاري المرادي الرومي الحنفي النقشبندي، الملقب بخلوصي، له مؤلفات كثيرة منها: "منافع الدقائق في شرح مجامع الحقائق للخادمي" و"حقيق الحقائق في شرح رسالة البركوي في العقائد والأخلاق" و"حاشية على الشرح الصغير لإبراهيم الحلبي" في الفقه، توفي سنة ١٢١٥هـ.

انظر: هدية العارفين (٦/٤٥٤)، معجم المؤلفين (٣/٨٨٤).

(٢) منافع الدقائق (ص٣٠٥).

(٣) القواعد الفقهية للندوي (ص٤٥).

(٤) القواعد الفقهية للندوي (ص٤٣، ٤٥).

مَن وصفها بالكلية نظر إلى أن الأصل في القاعدة الكلية، كما نظر إلى معناها اللغوي. ومن وصفها بالأغلبية فنظرا إلى الفروع الفقهية التي خرجت عن القاعدة وشذت عنها، فأصبحت مستثناة منها[1]، وهذا لا ينافي وصفها بالكلية؛ «لأن الغالب الأكثري معتبر في الشريعة اعتبار العام القطعي؛ إذ المتخلفات الجزئية لا ينتظم منها كلي يعارض هذا الكلي الثابت»[2].

وبناء على ذلك فإن هذه التعاريف - في الأقسام الثلاثة - كلها متقاربة تؤدي إلى معنى واحد، وإن اختلفت عباراتها.

لكنها - أي هذه التعاريف - رغم ذلك لم تسلم من انتقادات واعتراضات لدى الباحثين المحدثين[3].

وأخشى أن يكون هذا من قبيل التكلف في الحدود والتعاريف الذي حذر منه العلماء، وفي ذلك يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: «.. وصاروا يعظمون أمر الحدود ويزعمون أنهم هم المحققون لذلك، وأن ما ذكره غيرهم من الحدود إنما هي لفظية، لا تفيد تعريف الماهية والحقيقة بخلاف حدودهم، ويسلكون الطرق الصعبة الطويلة والعبارات المتكلفة الهائلة، وليس لذلك فائدة إلا تضييع الزمان وإتعاب الأذهان وكثرة الهذيان..، وشغل النفوس بما لا ينفعها، بل قد يصدها عما لا بد منه»[4].

---

(١) المرجع السابق (ص ٤٣).

(٢) الموافقات (٢/ ٨٤).

(٣) انظر على سبيل المثال: القواعد الفقهية للندوي (ص٤١-٤٥)، القواعد الفقهية للباحسين (ص٣٩-٥٤)، نظرية التقعيد الفقهي (ص٣٩-٤٩).

(٤) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٩/ ٩٠).

وقال أيضا: «فإن القرون الثلاثة من هذه الأمة - الذين كانوا أعلم بني آدم علوما ومعارف - لم يكن تكلف هذه الحدود من عادتهم»[١].

وقال: «وكذلك الحدود التي يتكلفها بعض الفقهاء للطهارة والنجاسة، وغير ذلك من معاني الأسماء المتداولة بينهم، وكذلك الحدود التي يتكلفها الناظرون في أصول الفقه لمثل الخبر والقياس والعلم وغير ذلك... وإلى الساعة لم يسلم لهم حدّ»[٢].

هذا وإن كان لا بد لي من اختيار تعريف للقاعدة الفقهية، فإني أختار أن يكون تعريف القاعدة الفقهية هو: «قضية كلية فقهية تنطبق على فروع كثيرة من عدة أبواب».

شرح التعريف:

قضية: وهي قول يحتمل الصدق والكذب لذاته[٣].

كلية: أي القضية المحكوم على جميع أفراد موضوعها[٤].

فقهية: نسبة إلى علم الفقه، وهو قيد يخرج جميع القواعد من الفنون الأخرى - غير الفقه - كالقاعدة النحوية والقاعدة الأصولية والقاعدة الحسابية.

تنطبق: أي تُجْرى وتُعْمل على فروع.

---

(١) المرجع السابق (٩/٤٥-٤٦).

(٢) المرجع السابق (٩/٤٦).

(٣) انظر: بيان المختصر (١/٨٧)، التعريفات (ص١٧٦).

(٤) انظر: حاشية العطار على شرح جمع الجوامع (١/٣١)، بيان المختصر (١/٨٩).

على فروع: قيد يبين محل إعمال القاعدة الفقهية.

من عدة أبواب: قيد يخرج الضابط الفقهي؛ لأنه يشمل فروعا تندرج تحت باب واحد. وعلى هذا فيمكن تعريف الضابط الفقهي بأنه: «قضية كلية فقهية تنطبق على فروع كثيرة من باب واحد».

المطلب الثاني

الفرق بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهي

أولاً: تعريف الضابط الفقهي:

الضابط في اللغة: اسم فاعل من الضبط، وهو لزوم الشيء وحبسه، ويطلق على حفظ الشيء بحزم، يقال: (ضبطه ضبطا وضباطة) إذا حفظه بالحزم، ومنه قولهم: (رجل ضابط وضبنطي) بمعنى حازم[(١)].

وأما تعريف الضابط الفقهي في الاصطلاح فقد تقدم تعريفه - في آخر المطلب السابق - بأنه: «قضية كلية فقهية تنطبق على فروع كثيرة من باب واحد»[(٢)].

وهذا بناء على اصطلاح طائفة من العلماء في التفريق بين القاعدة والضابط؛ إذ إن القاعدة تجمع فروعاً من أبواب مختلفة، والضابط يجمع فروعاً من باب واحد.

---

(١) انظر: الصحاح (١١٣٩/٣)، معجم مقاييس اللغة (٣٨٦/٣)، لسان العرب (٣٤٠/٧)، القاموس المحيط (ص ٨٧٢).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (١١/١)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص١٣٧)، القواعد الفقهية للباحسين (ص٥٨-٦٧).

وقد درج على هذا الاصطلاح أكثر المتأخرين والمحدثين[١]، وإن كان قد يظهر منهم بعض التسامح وعدم الالتزام في التفريق بينهما في بعض الأحايين[٢].

وبإزاء هؤلاء طائفة أخرى اصطلحت على عدم التفريق بين القاعدة والضابط، وإطلاق كل منهما على الآخر[٣].

وعلى هذا يكون تعريف الضابط عندهم مرادفا لتعريف القاعدة.

وقد درج على هذا الاصطلاح المتقدمون من أهل العلم[٤].

ومهما يكن من أمر فإن القضية -كما ترى- اصطلاح، ولا مشاحة في الاصطلاح.

ولا شك أن اصطلاح التفريق بينهما أوضح وأدق وأميز؛ لذا فإنه أصبح - أعني اصطلاح التفريق - متداولا شائعا لدى الفقهاء المتأخرين والباحثين في الفقه الإسلامي، فيفرقون الآن بين القاعدة والضابط في المجالات الفقهية[٥].

وقد سرت في هذه الرسالة على هذا الاصطلاح.

---

(١) انظر: المراجع السابقة، والقواعد للمقري (١/٢١٢)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٩)، شرح الكوكب المنير (١/٣٠)، الكليات (ص٧٢٨)، كشاف اصطلاحات الفنون (٢/١١١٠)، الفوائد الجنية (١/١٠٥)، القواعد الفقهية للندوي (ص٥٢)، مقدمة تحقيق القواعد للمقري (١/١٠٨)، القواعد الكبرى للعجلان (ص١١)، الوجيز للبورنو (ص٢٤)، مقدمة تحقيق القواعد للحصني (١/٢٤).

(٢) انظر: القواعد للمقري (١/٢٥٣، ٣٣٤، ٣٣٦)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/١١، ٢١٨، ٢٢٠، ٢٢٥)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٦٢، ١٦٣، ٢٧٣).

(٣) انظر: التحرير مع التقرير والتحبير (١/٢٩)، المصباح المنير (ص ١٩٥)، تقرير القواعد (١/٥، ١٠، ٢٥٠)، شرح المنهج المنتخب (ص ١٠٠).

(٤) انظر: المراجع السابقة.

(٥) انظر: القواعد الفقهية للندوي (ص٥٢).

ثانياً: الفروق بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهي:

ومن خلال ما تقدم يتبين لنا أن القاعدة والضابط يشتركان في أن كلاً منهما قضية كلية فقهية تنطبق على جملة من الفروع الفقهية.

كما أنهما يفترقان فيما يأتي:

أولاً: إن القاعدة تجمع فروعا فقهية كثيرة من أبواب شتى، كقاعدة (اليقين لا يزول بالشك)، فإنه يندرج تحتها فروع كثيرة من أبواب شتى كالطهارة والصلاة والحج وغيرها، بينما الضابط يجمع فروعا من باب واحد فحسب، كقولهم: (الرهن أمانة في يد المرتهن غير مضمون)، فإنه ضابط فقهي يختص بباب الرهن، ولا يخرج عنه. فالقاعدة أعمّ وأشمل من حيث جمع الفروع وشمول المعاني، والضابط أخص وأضيق[1].

ثانياً: إن القاعدة الفقهية أكثر شذوذا من الضابط الفقهي؛ لأن الضابط يضبط موضوعاً واحداً. فلا يتسامح فيه بشذوذ كثير[2].

ثالثاً: إن القاعدة الفقهية غالبا ما تكون محل اتفاق بين المذاهب الفقهية - من حيث الجملة - وإن اختلفوا في بعض فروعها، أما الضابط الفقهي فكثيرا ما يختص بمذهب معين، بل إنه قد يكون وجهة نظر لفقيه واحد في مذهب معين، يخالفه فيه فقهاء آخرون من نفس المذهب[3].

---

(١) انظر: القواعد للمقري (١/٢١٢)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/١١)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٩)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص١٣٧)، القواعد الفقهية للندوي (ص٤٦، ٥١).

(٢) انظر: القواعد الفقهية للندوي (ص٥٢).

(٣) انظر: موسوعة القواعد للبورنو (١/٣٥).

المبحث الثاني

دراسة موجزة عن الضمان

وفيه سبعة مطالب:

المطلب الأول

تعريف الضمان لغة واصطلاحا

أولا: تعريف الضمان لغة:

الضمان مصدر ضمنت الشيء أضمنه ضمانا(١).

وهو مشتق من الضِّمن، والضاد والميم والنون أصل صحيح(٢)، وقد ذكر علماء اللغة عدة معان للضمان من أبرزها:

١- الاحتواء والإيداع، وهو: جعل الشيء في شيء يحويه، ومن ذلك قولهم: ضمَّنت الشيء، إذا جعلته في وعائه، ويقال: ضمَّن الشيء الشيء، أي: أودعه إياه(٣).

٢- الكفالة، تقول: ضمن الشيء ضمانا فهو ضامن وضمين: إذا كفله(٤).

٣- الالتزام، تقول: ضمنت المال، أي: التزمته، ويتعدى بالتضمين، فتقول: ضمنته المال، بمعنى ألزمته إياه(٥).

---

(١) تهذيب الأسماء واللغات (١٨٣/١/٣).

(٢) معجم مقاييس اللغة (٣٧٢/٣).

(٣) انظر: المصدر السابق، ومختار الصحاح (ص٣٨٤)، ولسان العرب (٢٥٧/١٣-٢٥٨) والقاموس المحيط (ص١٥٦٤).

(٤) انظر: المصادر السابقة.

(٥) انظر: المصباح المنير (ص١٣٨)، القاموس المحيط (ص١٥٦٤).

٤- التغريم، تقول: ضمنته الشيء تضمينا فتضمنه عني، إذا غرمته فالتزمه[١].

٥- الحفظ والرعاية، قال ابن منظور[٢]: «وفي الحديث: (الإمام ضامن، والمؤذن مؤتمن)[٣]، أراد بالضمان هنا معنى الحفظ والرعاية، لا ضمان الغرامة؛ لأنه يحفظ على القوم صلاتهم، وقيل: إن صلاة المقتدين به في عهدته، وصحتها مقرونة بصحة صلاته، فهو كالمتكفل لهم صحة صلاتهم»[٤].

ثانيا: تعريف الضمان في اصطلاح الفقهاء:

يطلق الضمان في الفقه الإسلامي ويراد به أحد المعنيين التاليين:

---

(١) انظر: مختار الصحاح (ص٣٨٤)، لسان العرب (١٣/٢٥٧-٢٥٨)، القاموس المحيط (ص ١٥٦٤).

(٢) هو اللغوي الأديب جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم بن علي بن أحمد الأنصاري الإفريقي ثم المصري، ينسب إلى رويفع بن ثابت الأنصاري، ولد سنة (٦٣٠هـ)، وسمع من ابن المقير ومرتضي بن حاتم وغيرهما، وله مؤلفات منها: لسان العرب، ومختصر الأغاني وغيرهما، وعنده تشيع بلا رفض، توفي سنة (٧١١هـ).
انظر: الدرر الكامنة (٤/٢٦٢-٢٦٤)، معجم المؤلفين (٣/٧٣١).

(٣) أخرجه أحمد في المسند (٢/٢٨٤، ٤١٩)، وأبو داود في سننه: كتاب الصلاة، باب: ما يجب على المؤذن من تعاهد الوقت (١/٣٥٦) برقم (٥١٧)، والترمذي في سننه: أبواب الصلاة، باب: ما جاء أن الإمام ضامن والمؤذن مؤتمن (١/٤٠٢) برقم (٢٠٧)، وابن خزيمة في صحيحه (٣/١٥) برقم (١٥٢٨) وصححه ابن حبان والضياء في المختارة كما في تلخيص الحبير (١/٣٧١)، وأحمد شاكر في تحقيقه لسنن الترمذي (١/٤٠٥-٤٠٦).

(٤) لسان العرب (١٣/٢٥٧-٢٥٨).

(١) المعنى الخاص:

استعمل جمهور الفقهاء – المالكية[١] والشافعية[٢] والحنابلة[٣] – كلمة الضمان بمعنى الكفالة، ويرون أنهما لفظان مترادفان، يطلق كل منهما على الآخر، ويراد بهما ما يعمّ ضمان المال وضمان النفس، وذلك عند التزام الكفيل بعقد الكفالة؛ لذلك تجدهم يعقدون للكفالة باباً في كتب الفقه بعنوان "الضمان".

ولما كان تعريف الضمان بمعنى الكفالة لا يهمنا كثيراً في هذا البحث، وقد دُرس كثيرا من قبل الفقهاء المتقدمين والمتأخرين والباحثين المعاصرين؛ لذا فإني لا أجد داعيا لذكر تعريف الكفالة في هذا البحث.

هذا، وينبغي أن يعلم أن هؤلاء الفقهاء الذين استعملوا الضمان بمعنى الكفالة لم يقصروه على هذا المعنى، بل استعملوه بالمعنى الأعمّ من ذلك، وهو الضمان مطلقاً، فهؤلاء الفقهاء إذا أطلقوا لفظ الضمان فإنما يريدون به أحد معنيين:

الأول: عقد الكفالة.

الثاني: الضمان بمعناه العام.

(٢) المعنى العام:

لقد عُرِّف الضمان بمفهومه العام بعدة تعريفات أذكرها مع ما يرد عليها من اعتراضات وملاحظات، ثم أذكر التعريف الراجح في نظري، وذلك كما يلي:

---

(١) انظر: قوانين الأحكام الشرعية (ص٣٣٦).

(٢) انظر: مغني المحتاج (٢/١٩٨).

(٣) انظر: منتهى الإرادات (١/٢٩٢).

أولا: ذكر بعض الباحثين[(١)] تعريفا نسبوه لأبي حامد الغزالي[(٢)] رحمه الله، فهموه واستنبطوه من كلامه في الضمان في كتابه الوجيز[(٣)].

وهذا التعريف هو: «أن الضمان هو: وجوب ردّ الشيء أو أداء بدله بالمثل أو بالقيمة».

- ويرد على هذا التعريف عدة اعتراضات، هي:

١- أن هذا التعريف لا يصح نسبته للشيخ أبي حامد الغزالي على أنه تعريف للضمان؛ لأنه لم ينص على أنه تعريف للضمان، وإنما ذكره في الركن الثالث، وهو في الواجب في الضمان[(٤)].

٢- أن هذا التعريف يحصر الضمان بالتعدي على الأموال دون التعدي على الأنفس، فيكون غير جامع لأفراد المعرَّف[(٥)].

٣- أن هذا التعريف لا يشمل الضمان الناشئ عن العقد، الذي يذكره الفقهاء ضمن أسباب الضمان، وبهذا يكون التعريف غير جامع لأفراد مصطلح الضمان[(٦)].

---

(١) نظرية الضمان للزحيلي (ص١٤)، ضمان المتلفات (ص٣١)، ضمان العدوان (ص٤٦).

(٢) هو الفقيه الأصولي زين الدين أبو حامد محمد بن محمد بن محمد بن أحمد الطوسي الغزالي، ولد سنة ٤٥٠، ودرس على أبي نصر الإسماعيلي وإمام الحرمين وغيرهما، من تلاميذه: أبو بكر بن العربي وأبو العباس أحمد الخطيبي وغيرهما، وله مؤلفات منها: "الوجيز" و"إحياء علوم الدين" و"المستصفى" في أصول الفقه، توفي سنة ٥٠٥هـ.

انظر: سير أعلام النبلاء (٣٢٢/١٩، ٣٣٥، ٣٣٧)، طبقات الشافعية لابن السبكي (١٩١/٦) وما بعدها، طبقات الشافعية للإسنوي (١١١/٢-١١٣).

(٣) الوجيز (٢٠٨/١).

(٤) انظر: ضمان المتلفات (ص٣٢).

(٥) انظر: ضمان العدوان (ص٤٧).

(٦) انظر: المرجع السابق.

ثانياً: أورد أبو العباس الحموي تعريفا للضمان، فقال:

«الضمان – كما عرف -: عبارة عن ردّ مثل الهالك إن كان مثلياً، أو قيمته إن كان قيميا»[١].

ثالثا: وشبيه به تعريف مجلة الأحكام العدلية، وهو:

أنّ «الضمان إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات، وقيمته إن كان من القيميات»[٢].

ويرد على هذين التعريفين عدة اعتراضات، منها:

١- يرد عليهما ما ورد على التعريف المنسوب للغزالي في النقطتين الأخيرتين.

٢- أن هذين التعريفين لا يشملان ضمان الغصب، وإنما يختصان بضمان المتلفات؛ لأنه قد يوجد المغصوب بعينه فيضمنه الغاصب برده لا بمثله ولا بقيمته، وبهذا يكون التعريف المنسوب للغزالي أعمّ من هذين التعريفين.

رابعاً: التعريف الذي نقله أبو عبد الله الشوكاني[٣] - رحمه الله - عن صاحب ضوء النهار:

---

(١) غمز عيون البصائر (٤/٦، ٧).

(٢) درر الحكام (١/٤٤٨).

(٣) هو المفسر المحدث أبو عبد الله محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني الخولاني ثم الصنعاني، ولد بهجرة شوكان سنة ١١٧٣هـ، قرأ على والده وأحمد بن محمد الحرازي وغيرهما، وكان مشتغلا في جميع أوقاته بالعلم درسا وتدريسا وإفتاء وتصنيفا، من مؤلفاته: "نيل الأوطار في شرح منتقى الأخبار" و"السيل الجرار" و"إرشاد الفحول" في أصول الفقه، وغيرها، توفي سنة ١٢٥٠هـ.

انظر: البدر الطالع (٢/٢١٤-٢٢٥)، الأعلام (٦/٢٩٨)، معجم المؤلفين (٣/٥٤١-٥٤٢).

وهو أن: «الضمان عبارة عن غرامة التالف»(١).

وهو قريب من تعريف الحموي ومجلة الأحكام العدلية، إلا أنه لم يحدد الواجب في الضمان، ويرد عليه ما يرد على هذين التعريفين من اعتراضات، إلا أنه لا يختص – فيما يظهر لي – بالتعدي على الأموال، بل يشمل التعدي على الأنفس، فيكون بهذا أعمّ من التعاريف السابقة من هذه الحيثية.

خامساً: تعريف علي الخفيف(٢):

قال رحمه الله: «والضمان بمعناه الأعمّ في لسان الفقهاء هو: شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل»(٣).

ثم بين مراده منه بقوله: «والمراد ثبوته فيها مطلوبا أداؤه شرعا عند تحقق شرط أدائه، سواء أكان مطلوبا أداؤه في الحال كالدين الحالّ، أم في الزمن المستقبل المعين كالدين المؤجل إلى وقت معين؛ إذ هو مطلوب أداؤه إذا ما تحقق شرط أدائه، وكالمبيع في يد من اشتراه بعقد فاسد، فإنّ ضمانه على مشتريه ما دام في يده، يضمنه بقيمته إذا هلك لبائعه»(٤).

---

(١) نيل الأوطار (٥/٣٣٦).

(٢) هو القاضي الأستاذ علي بن محمد الخفيف، ولد سنة ١٣٠٩هـ بمحافظة المنوفية في مصر، حفظ القرآن الكريم ثم التحق بالأزهر ثم بمدرسة القضاء الشرعي، وعمل أستاذا بمعهد الدراسات العربية العالمية، وكان عضوا في مجمع البحوث الإسلامية ومجمع اللغة العربية والمجلس الأعلى للأزهر، له مؤلفات منها: "أحكام المعاملات الشرعية" و"الملكية في الشريعة الإسلامية" و"الضمان في الفقه الإسلامي"، توفي سنة ١٣٩٨هـ.

انظر: تتمة الأعلام (١/٣٨٥-٣٨٦)، تكملة معجم المؤلفين (ص٣٩٠).

(٣) الضمان في الفقه الإسلامي (١/٥).

(٤) المرجع السابق.

وبهذا يكون التعريف شاملا لما يضمنه الشخص نتيجة إلزام الشارع، أو التزام المكلف، أو بما وجب بفعلٍ أو تركٍ غير مشروعين.

سادساً: تعريف مصطفى الزرقا، قال الشيخ: «الضمان: التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير»[1].

وهو أوجز التعاريف وأخصرها، إلا أنه يرد عليه بعض الاعتراضات، وهي:

١- أنه ذكر أن الضمان التزام، وهذه الكلمة لا تشمل جميع أسباب الضمان، وإنما تختص بالضمان بسبب العقد فحسب، فيكون التعريف غير جامع.

٢- أنه قصر الضمان الالتزامي على التعويض المالي، وهذا مخالف للضمان بمعناه الأعمّ الذي يشمل ضمان النفس.

٣- أن كلمة (تعويض) في التعريف لا تشمل - في نظري - الضمان برد العين إذا كانت باقية بحالها لم تتغير بزيادة أو نقص.

سابعاً: تعريف الدكتور وهبة الزحيلي:

قال الدكتور وهبة: «ويمكننا تعريف الضمان بما يتلاءم مع عموم نظريته الشاملة للمسئوليتين المدنية والجنائية بما يأتي: وهو الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية»[2].

ويرد على هذا التعريف ما ورد على تعريف الزرقا من اعتراضات، إلا أنه لم يقيد التعويض بكونه ماليا، وبهذا يكون تعريف الزحيلي أعمّ من تعريف الزرقا.

---

(١) المدخل للزرقا (١٠٣٢/٢).

(٢) نظرية الضمان للزحيلي (ص١٥).

ثامناً: تعريف الدكتور محمد فوزي:

قال الدكتور محمد: «ويمكن القول في تعريفه إنه: شغل الذمة بحق أو بتعويض عن ضرر»[١].

ويرد على هذا التعريف أن فيه تكرارا، حيث إن التعويض عن الضرر حق ثبت في الذمة فلا حاجة لإعادة ذكره.

تاسعاً: تعريف الدكتور محمد أحمد سراج:

قال الدكتور محمد سراج: «والتعريف الذي أستخلصه من هذه الملاحظات السابقة وأجده أوفق لمقصود هذا البحث وأوضح في الدلالة عليه من غيره أن الضمان هو: شغل الذمة بحق ماليّ أوجب الشارع أداءه جبراً لضرر لَحق بالغير في ماله أو بدنه أو شعوره، سواء نشأ هذا الضرر بمخالفة العقد أو شرط من شروطه أو بارتكاب فعل أو ترك حرّمه الشارع ذاتا أو مآلا»[٢].

ويلاحظ على هذا التعريف ما يلي:

١- أن عبارة (بحق ماليّ) في التعريف تخرج ضمان النفس، وبهذا يكون التعريف غير جامع.

٢- أنه فصّل في ذكر ما يسبب الضمان، مما جعل التعريف طويلا، في حين أنه كان بإمكانه أن يذكر عبارة مختصرة تشمل جميع أسباب الضمان كما فعل ذلك الشيخ علي الخفيف[٣].

---

(١) نظرية الضمان لمحمد فوزي (ص١٤).

(٢) ضمان العدوان (ص٤٧).

(٣) انظر: الضمان في الفقه الإسلامي (١/٥).

عاشراً: تعريف الدكتور عبدالله الدرعان:

قال الدكتور عبدالله الدرعان: «يمكننا تعريفه بما هو أظهر، فنقول: هو التزام بتعويض الغير عما لحقه من ضرر في ماله أو نفسه»[1].

وهذا التعريف مستل ومختصر من تعريف الزحيلي، وعليه فإنه يرد عليه ما ورد على تعريف الزحيلي من انتقادات.

التعريف الراجح:

وبعد هذه الجولة العامة على ما وقفت عليه من تعاريف للضمان بمعناه العام وذكرٍ لما يرد عليها من ملاحظات واعتراضات تبيّن لي أن أقرب هذه التعاريف لمعنى الضمان بمفهومه العام هو تعريف الأستاذ علي الخفيف، وهو: «شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل».

وقد تمّ اختيار هذا التعريف للأسباب التالية:

١- أنه عبّر بـ(شغل الذمة)، وهذا يشمل أسباب الضمان كلها.

٢- أنه عبّر بـ(ما يجب الوفاء به)، وهذا يشمل أنواع الضمان كلها.

٣- أن قوله (شغل الذمة) يخرج الحوالة؛ لأنها براءة ذمة.

٤- وبهذا يكون التعريف جامعا مانعا.

٥- سلامة التعريف من الاعتراضات والملاحظات.

ملاحظتان مهمتان حول تعريف الضمان بمعناه العام:

١- أن الفقهاء - رحمهم الله - لم يخصصوا للضمان بمعناه العام بابا مفردا في كتبهم كما فعلوا في الضمان بمعناه الخاص، بل بثّوا مسائله وأحكامه في ثنايا

---

(١) المدخل للدرعان (ص٦٥٥).

الكتب والأبواب والفصول الفقهية ؛ ككتاب الغصب والوديعة والعارية والرهن وغيرها، بل تجاوز ذلك إلى العبادات، كأحكام الكفارات والفدية وغيرهما ؛ ذلك لأن الضمان بمفهومه العام يتعلق بأغلب المسائل الفقهية من أبواب شتى من عبادات ومعاملات(١).

٢- أن الضمان بمعناه العام لا يتعلق بما وجب على المرء من عقوبة أو جزاء ؛ لأن هذه العقوبات لا تجب في الذمة إلا إذا كانت غرامة مالية كالكفارات(٢).

المطلب الثاني

الألفاظ ذات الصلة بالضمان

هناك ألفاظ ذات صلة بالمعنى المترتب على لفظ الضمان، أذكر منها ما له صلة وثيقة به، وذلك على النحو الآتي:

أولا: الالتزام:

الالتزام في اللغة: مأخوذ من مادة (لزم)، واللام والزاي والميم أصل واحد صحيح يدل على الثبوت والدوام.

والالتزام الاعتناق، يقال: لزم الشيء يلزم لزوما، بمعنى ثبت ودام، ويقال: لزمه المال: وجب عليه. ولزمه الطلاق: وجب حكمه، وهو قطع الزوجية، وألزمته المال والعمل وغيره فالتزمه، والتزمته اعتنقته، فهو مُلْتَزَم(٣).

---

(١) انظر: ضمان المتلفات (ص٣٠)، قواعد الفقه للروكي (ص٢٢٦).

(٢) انظر: ضمان العدوان (ص٤٦).

(٣) انظر: معجم مقاييس اللغة (٥/٢٤٥)، المصباح المنير (ص٢١١).

الالتزام في الاصطلاح: ذكر الفقهاء للالتزام عدة تعريفات، أذكر منها ثلاثة على وجه الاختيار:

١- قال أبو عبدالله بن قيم الجوزية[(١)]: «الالتزام تارة يكون بصريح الإيجاب، وتارة يكون بالوعد، وتارة يكون بالشروع، كشروعه في الجهاد والحج والعمرة»[(٢)].

وهذه العبارة وإن لم تكن على صياغة التعريفات المعهودة إلا أنها أعطت مفهوما شاملا لمعنى الالتزام.

٢- عرف أبو العباس الحموي الالتزام بأنه: إلزام المرء نفسه ما لم يكن لازما لها[(٣)].

٣- قال مصطفى الزرقا: الالتزام هو: كون الشخص مكلفا بفعل أو امتناع عن فعل لمصلحة غيره[(٤)].

---

(١) هو: العلامة المحقق محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد، أبو عبد الله، الزرعي ثم الدمشقي، الحنبلي، المشهور بابن قيم الجوزية، ولد سنة ٦٩١هـ، له من التصانيف الكبار والصغار شيء كثير، منها: "زاد المعاد في هدي خير العباد" و"الصواعق المرسلة على الجهمية والمعطلة" و"إعلام الموقعين عن رب العالمين"، من شيوخه: شيخ الإسلام أحمد بن عبدالحليم ابن تيمية والشهاب النابلسي العابر، وابن عبد الدائم وغيرهم، ومن تلاميذه: ابن عبدالهادي وابن رجب الحنبلي وخلق كثير غيرهما، توفي سنة ٧٥١هـ.

انظر: المعجم المختص (ص٢٦٩)، طبقات الحنابلة (٤/٤٤٧).

(٢) إعلام الموقعين (٢/١١٣).

(٣) غمز عيون البصائر (٢/٦١١)

(٤) المدخل للزرقا (١/٤٣٦).

وجه الصلة بين الضمان والالتزام:

أن الضمان قد يكون نتيجة التزام الضامن به كما في عقد الكفالة، وبهذا يكون الضمان أعمّ من الالتزام من هذا الوجه؛ لأن الضمان قد يكون بالالتزام وقد يكون بالإتلاف وغير ذلك من أسباب الضمان(١)، كما أن الالتزام ليس مختصا بالضمان، فقد يلتزم بالبيع أو الإجارة أو النذر أو النفقة... إلى غير ذلك من الالتزامات(٢).

ثانيا: العقد:

العقد لغة: العين والقاف والدال أصل واحد يدل على شدّ وشِدّة وثوق وربط وعهد، ويطلق على الأشياء المحسوسة نحو: عقدت الحبل، إذا ربطت بعضه ببعض، ويطلق على الأشياء المعنوية على سبيل المجاز، كعقد اليمين، ومنه قوله تعالى: ﴿ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ﴾(٣)، وعقدة النكاح وكل شيء: وجوبه وإبرامه، والعقدة في البيع: إيجابه(٤).

العقد اصطلاحاً: يطلق الفقهاء كلمة (عقد) في اصطلاحهم على معنيين:

أحدهما: المعنى الخاص المشهور.

وقد عُرِّف بهذا المعنى بتعاريف كثيرة(٥) من أحسنها أنه: «ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يظهر أثره في محله»(٦).

---

(١) سيأتي مزيد تفصيل في أسباب الضمان صفحة ٨٨-٩٦ من هذه الرسالة.

(٢) انظر: المدخل للزرقا (١/٤٣٦) وما بعدها.

(٣) سورة المائدة، الآية [٨٩].

(٤) انظر: معجم مقاييس اللغة (٤/٨٦)، لسان العرب (٣/٢٩٦) وما بعدها.

(٥) انظر على سبيل المثال: حاشية رد المحتار (٣/٩)، المنثور (٢/٣٩٧).

(٦) المدخل للزرقا (١/٢٤٥).

والثاني: وهو أعم من الأول ؛ إذ لا يلزم وجود طرفين له ، بل إنه قد ينشأ بتصرف انفرادي ، فهو يشمل الربط الحاصل بين جانبين كالبيع والإجارة ، كما يشمل التصرفات التي تتم من قِبَل طرف واحد كالنذر والهبة والوصية ؛ لما فيها من العزم وعقد الإرادة على تنفيذها[1].

وجه الصلة بين الضمان والعقد:

أن من أنواع العقد عقود الضمان والكفالة ، كما أنه قد يترتب على العقد الضمان – وإن لم يكن عقد كفالة – كضمان تسليم المبيع وعيوبه الخفية من البائع للمشتري في عقد البيع.

وبهذا يكون العقد أعمّ من الضمان ؛ لأنه قد يكون عقد ضمان ، وقد يكون غير ذلك كعقد الوديعة والشركة وغير ذلك.

وكذلك الضمان لا يختص بالعقد ، بل هناك أسباب أخرى للضمان كالإتلاف وإلزام الشارع وغير ذلك[2].

ثالثا: العهدة:

العهدة في اللغة: من عهد ، والعين والهاء والدال: أصل هذا الباب يدل على معنى واحد هو الاحتفاظ بالشيء وإحداث العهد به ، والعهدة وثيقة المتبايعين ؛ لأنه يرجع إليها عند الالتباس[3].

---

(١) انظر: المنثور (٢/٣٩٧) وما بعدها ، الأموال ونظرية العقد (ص٢٢٨)، الحيازة في العقود (ص١٤) وما بعدها.

(٢) سيأتي مزيد بيان في مبحث أسباب الضمان صفحة ٨٨-٩٦ من هذه الرسالة.

(٣) انظر: معجم مقاييس اللغة (٤/١٦٧) وما بعدها ، المصباح المنير (ص١٦٥).

والعهدة في الاصطلاح: تطلق على ضمان الدرك أو ضمان العهدة، وهو: «ضمان الثمن للمشتري إن خرج المبيع مستحقا أو معيبا أو ناقصا»[1]، والمراد بالمستحق كما لو تبين أن المبيع مملوك لغير البائع أو مرهون[2].

وجه الصلة بين الضمان والعهدة:

أن ضمان العهدة أحد أنواع الضمان بمفهومه العام، وبهذا يكون الضمان أعمّ من العهدة.

رابعا: التصرف:

التصرف لغة: من صرف، وهو يدل على رجع الشيء، والتصرف هو التقليب، تقول: صرفته في الأمر تصريفا فتصرف، أي: قلبته فتقلب، ومنه سمي حدث الدهر صرفا؛ لأنه يتصرف بالناس، أي: يقلبهم ويرددهم[3].

التصرف في اصطلاح الفقهاء: هو كل ما يصدر عن الشخص من قول أو فعل، ويترتب عليه حكم شرعي[4].

وجه الصلة بين الضمان والتصرف:

إن الضمان من التصرفات. فالتصرف أعمّ من الضمان؛ لأنه يوجد من التصرفات ما ليس بضمان.

---

(١) انظر: التعريفات للجرجاني (ص١٣٨)، تهذيب الأسماء واللغات (٣/٢/٤٩-٥٠)، القواعد للحصني (٣/٢٥٥)، المدخل للزرقا (١/٥٤٢).

(٢) المدخل للزرقا (١/٥٤٢).

(٣) انظر: معجم مقاييس اللغة (٣/٣٤٢) وما بعدها، القاموس المحيط (ص١٠٦٩).

(٤) الحيازة في العقود (ص١٧)، وانظر: المدخل للزرقا (١/٢٨٨).

خامساً: التعويض:

التعويض لغة: مأخوذ من العوض، وهو البدل والخلف[١].

والتعويض اصطلاحاً: ذكر الفقهاء المعاصرون تعاريف كثيرة لمعنى التعويض من أحسنها أنه: «المال الذي يحكم به على من أوقع ضررا على غيره في نفس أو مال»[٢].

وجه الصلة بين الضمان والتعويض:

أولاً: أن التعويض نتيجة للضمان.

ثانياً: أن التعويض لا يجب إلا إذا وقع الضرر، أما الضمان فقد يلتزمه الشخص قبل وقوع الضرر، وبهذا يكون التعويض نتيجة للضمان وأثراً من آثاره.

المطلب الثالث

مشروعية الضمان

ثبتت مشروعية الضمان بمعناه العام بأدلة من القرآن الكريم والسنة النبوية وإجماع العلماء، أذكر منها ما يلي:

أولاً: القرآن الكريم:

١- قال تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ فَٱعۡتَدُوا۟ عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ مَا ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ﴾[٣].

وجه الدلالة: أن الله تعالى أباح لمن اعتُدي عليه في نفس أو مال أن يأخذ حقه من المعتدي بأن يعتدي عليه، ولكن بالمثل.

---

(١) انظر: المصباح المنير (ص١٦٦)، القاموس المحيط (ص٨٣٦).

(٢) المسئولية المدنية والجنائية لمحمود شلتوت (ص٣٥)، وانظر: المسئولية التقصيرية لسيد أمين (ص١١٥)، نظرية الضمان للزحيلي (ص٨٧).

(٣) سورة البقرة، الآية [١٩٤].

قال أبو بكر ابن العربي[١]: «قال علماؤنا: وهذا دليل على أن لك أن تبيح دم من أباح دمك، وتحلّ مال من استحلّ مالك»، ثم قال: «وأما من أخذ مالك فخذ ماله إذا تمكنت منه، إذا كان من جنس مالك: طعاما بطعام، وذهبا بذهب»[٢].

وقال عبدالرحمن السعدي[٣] عند هذه الآية: «جميع ما أمر الشرع باحترامه فمن تجرأ عليه فإنه يقتص منه... ومن أخذ مال غيره المحترم أخذ منه بدله»[٤].

٢- قال تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِ﴾[٥].

وجه الدلالة: أن الله تعالى أجاز لمن وقعت عليه العقوبة في نفس أو مال بغير وجه حق أن يستوفي بدلها بالمثل.

---

(١) هو العلامة المفسر محمد بن عبدالله بن محمد، أبو بكر، المشهور بابن العربي، الأندلسي الإشبيلي المالكي، ولد سنة ٤٦٨هـ، سمع من جعفر السرّاج والحسين بن علي الطبري وغيرهما، وتفقه على أبي حامد الغزالي وأبي بكر الشاشي وجماعة، وحدث عنه عبد الخالق بن أحمد اليوسفي الحافظ، والحسن بن علي القرطبي وغيرهما، وكان فصيحا بليغا، برع في فنون العلم، وصنف وجمع مؤلفات عدة منها: "عارضة الأحوذي في شرح جامع أبي عيسى الترمذي" و"العواصم من القواصم" و"كتاب تفسير القرآن الكريم"، توفي سنة ٥٤٣هـ. انظر: سير أعلام النبلاء (٢٠/١٩٨-٢٠٤)، الديباج المذهب (ص٣٩٦-٣٧٨).

(٢) أحكام القرآن (١/١١١).

(٣) هو الفقيه المفسر عبدالرحمن بن ناصر بن عبد الله السعدي التميمي، ولد سنة ١٣٠٧هـ، درس على الشيخ محمد الشبل وعبد الله بن عائض وغيرهما، ومن طلابه: عبد الله العقيل ومحمد العثيمين وعبد الله البسام، له مؤلفات نفيسة منها: "تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان" و"القواعد والأصول الجامعة" و"منهاج السالكين في الفقه"، توفي سنة ١٣٧١هـ. انظر: معجم المؤلفين (٢/١٢١-١٢٢)، علماء نجد خلال ثمانية قرون (٣/٢١٨-٢٧٢).

(٤) تيسير الكريم الرحمن (ص٨٩).

(٥) سورة النحل، الآية [١٢٦].

وقد فسرها طائفة من التابعين[(١)] بقولهم: «إن أخذ منك رجل شيئا فخذ منه مثله».

وقال ابن جرير الطبري[(٢)] في تفسير هذه الآية: «في آية محكمة أمر الله تعالى ذكره عباده أن لا يتجاوزوا فيما وجب لهم قبل غيرهم من حق من مال أو نفس»[(٣)].

وقال أبو عبد الله الشوكاني عند تفسيره هذه الآية - بعد أن نقل كلاما لابن جرير الطبري وصوبه -: «لأن الآية وإن قيل إن لها سببا خاصا - كما سيأتي - فالاعتبار بعموم اللفظ»[(٤)].

٣- قال تعالى: ﴿وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٖ سَيِّئَةٞ مِّثۡلُهَا﴾[(٥)].

وجه الدلالة: أن الله – عزّ وجلّ – بيّن أن جزاء من عمل عملا سيئاً في بدن أو مال أن يقتصّ منه مثل ما فعل.

قال عبدالرحمن السعدي في تفسيره هذه الآية: «جزاء السيئة سيئة مثلها، لا زيادة ولا نقص: فالنفس بالنفس، وكل جارحة بالجارحة المماثلة لها، والمال يضمن بمثله»[(٦)].

---

(١) منهم ابن سيرين، كما في تفسير الطبري (٧/٦٦٥)، الدرر المنثور (٤/٢٥٦).

(٢) هو: محمد بن جرير بن يزيد، أبو جعفر الطبري، ولد سنة ٢٢٤هـ، سمع بندارا ومحمد بن المثنى ويعقوب الدورقي وغيرهم، وحدث عنه أبو القاسم الطبراني وأبو بكر الشافعي والمعلى بن سعيد وخلق كثير، كان من أفراد الدهر علما وذكاء، وصنف تصانيف حسنة تدل على سعة علمه، منها: "تهذيب الآثار" و"أخبار الأمم وتاريخهم" و"التفسير" وغيرها، توفي سنة ٣١٠هـ.
انظر: تاريخ بغداد (٢/١٦٢)، وفيات الأعيان (٤/١٩١-١٩٢)، سير أعلام النبلاء (١٤/٢٦٧).

(٣) تفسير الطبري (٧/٦٦٥).

(٤) فتح القدير للشوكاني (٣/٢٩١) وما بعدها.

(٥) سورة الشورى، الآية [٤٠].

(٦) تيسير الكريم الرحمن (ص٧٦٠).

٤- قال تعالى: ﴿قَالُوا نَفْقِدُ صُوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾[١].

وجه الدلالة: أن أحد عمال الملك تكفل بضمان حمل البعير الذي جعل لمن جاء بصواع الملك، وذلك بقوله: ﴿وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾، وهذا يدل على جواز الضمان.

وقد فسر عبدالله بن عباس[٢] - رضي الله عنهما - وغيره من التابعين كلمة ﴿زَعِيمٌ﴾ بالكفيل[٣].

وقال أبو عبد الله القرطبي[٤]: «والزعيم والكفيل والحميل والضمين والقبيل سواء، والزعيم: الرئيس»[٥].

---

(١) سورة يوسف، الآية [٧٢].

(٢) هو الصحابي الجليل عبد الله بن عباس بن عبد المطلب، أبو العباس، القرشي الهاشمي، حبر الأمة وترجمان القرآن، من صغار الصحابة، ولد قبل الهجرة بثلاث في الشعب، حدث عن النبي ﷺ وعن عمر وعلي وغيرهم، روى عنه عكرمة وطاووس ومجاهد وغيرهم، دعا له النبي ﷺ بالفقه في الدين وبمعرفة التأويل، توفي سنة ٦٨هـ، وقيل غير ذلك.
انظر: سير أعلام النبلاء (٣/٣٣١)، الإصابة (٤/٩٠).

(٣) تفسير الطبري (٧/٢٥٦-٢٥٧)، الدر المنثور (٤/٥١).

(٤) هو العلامة المفسر محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح، أبو عبد الله، الأنصاري الأندلسي القرطبي، سمع من أبي العباس أحمد بن عمر القرطبي وأبي علي الحسن بن محمد بن محمد البكري وغيرهما، كان من العلماء العباد، شغل وقته بالعبادة والتصنيف، فترك مصنفات عدة منها: "جامع أحكام القرآن" و"التذكرة بأمور الآخرة" و"شرح أسماء الله الحسنى" وغيرها، توفي سنة ٦٧١هـ.
انظر: الديباج المذهب (ص٤٠٦-٤٠٧)، شذرات الذهب (٥/٣٣٥)، الأعلام (٥/٣٢٢).

(٥) الجامع لأحكام القرآن (٩/١٥١).

وقال عماد الدين ابن كثير[١] : «﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ﴾ وهذا من باب الجعالة، ﴿وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾ وهذا من باب الضمان والكفالة»[٢].

ثانياً: السنة النبوية:

١ - عن أنس بن مالك[٣] - ﷺ - أن النبي ﷺ كان عند بعض نسائه فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين مع خادم بقصعة[٤] فيها طعام، فضربت بيدها فكسرت القصعة، فضمّها وجعل فيها الطعام، وقال: (كلوا)، وحبس الرسولَ والقصعة حتى فرغوا، فدفع القصعة الصحيحة وحبس المكسورة.

وفي لفظ آخر أنه قال: (طعام بطعام، وإناء بإناء)[٥].

---

(١) هو العلامة إسماعيل بن عمر بن كثير، أبو الفداء، عماد الدين، القرشي الدمشقي الشافعي، ولد سنة ٧٠١هـ، سمع من المزي وابن تيمية والذهبي وغيرهم، وصفه الذهبي بأنه «فقيه متفنن، ومحدث متقن، ومفسر نقال، وله تصانيف مفيدة»، منها: "تفسير القرآن العظيم" و"البداية والنهاية" وغيرهما، توفي سنة ٧٧٤هـ.

انظر: تذكرة الحفاظ (١٥٠٨/٤)، المعجم المختص (ص٧٤)، الذيل على العبر (٣٥٨/٢).

(٢) تفسير القرآن العظيم (٢٦٧/٢).

(٣) هو الصحابي الجليل أنس بن مالك بن النضر بن ضمضم، أبو حمزة الأنصاري الخزرجي النجاري المدني، خادم رسول الله ﷺ، ولد قبل الهجرة بعشر سنين، روى عن النبي ﷺ علما كثيرا، ودعا له النبي ﷺ أن يطول عمره ويكثر ولده، كما روى عن أبي بكر وعمر وعثمان وغيرهم، وحدث عنه الحسن وابن سيرين والشعبي وآخرون، مات سنة ٩٣هـ وقيل غير ذلك.

انظر: طبقات ابن سعد (١٢/٧)، سير أعلام النبلاء (٣٩٥/٣).

(٤) القصعة: الصحفة والإناء، وجمعها: قصعات.

انظر: القاموس المحيط (ص٩٧١)، فتح الباري (١٤٩/٥).

(٥) أخرجه باللفظ الأول البخاري في صحيحه: كتاب المظالم والغصب، باب: إذا كسر قصعة أو شيئا لغيره (٢٠٢/٢) رقم (٢٤٨١)، وأخرجه باللفظ الثاني الترمذي في سننه: كتاب الأحكام، باب ما جاء فيمن يكسر له الشيء، ما يحكم له من مال الكاسر (٦٤٠/٣) رقم (١٣٥٩)، وقال: حديث حسن صحيح. وصححه الألباني في إرواء الغليل (٣٥٩/٥).

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ أوجب على كاسرة الإناء ضمان الإناء الذي أتلفته والطعام الذي كان فيه.

٢- إن ناقة للبراء بن عازب[١] -رضي الله عنه- دخلت حائط رجل فأفسدت فيه، فقضى رسول الله ﷺ أن على أهل الحوائط حفظها بالنهار، وأن ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها[٢].

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ ألزم أصحاب المواشي بضمان ما أتلفته مواشيهم من الزرع ليلا.

٣- عن صفوان بن أمية[٣] -رضي الله عنه- أن رسول الله ﷺ استعار منه يوم خيبر

---

(١) هو: الصحابي الجليل: البراء بن عازب بن الحارث، أبو عمارة الأنصاري الحارثي المدني، كان من أعيان الصحابة ومن فقهائهم، روى حديثا كثيرا، وشهد غزوات عدة مع النبي ﷺ، روى أيضا عن أبي بكر وخاله أبي بردة بن نيار، حدث عنه: عبد الله بن يزيد الخطمي، وأبو جحيفة السوائي الصحابيان وأبو إسحاق السبيعي وغيرهم، توفي سنة ٧٢هـ وقيل غير ذلك.
انظر: أسد الغابة (١/١٧١)، سير أعلام النبلاء (٣/١٩٤).

(٢) أخرجه مرسلا مالك في الموطأ: كتاب الأقضية، باب القضاء في الضواري والحريسة (٢/٧٤٧-٧٤٨) واللفظ له، وأحمد في المسند (٥/٤٣٥-٤٣٦)، وأخرجه موصولا أبو داود في سننه: كتاب البيوع والإجارات، باب المواشي تفسد زرع قوم (٣/٨٢٩-٨٣٠) برقم (٣٥٧٠)، وابن ماجه في سننه: كتاب الأحكام، باب الحكم فيما أفسدت المواشي (٣/١٠١-١٠٢) برقم (٢٣٣٢)، وقال ابن عبدالبر في التمهيد (١١/٨٢): «هذا الحديث وإن كان مرسلا فهو حديث مشهور أرسله الأئمة وحدث به الثقات واستعمله فقهاء الحجاز وتلقوه بالقبول، وجرى في المدينة به العمل». وصححه الألباني في إرواء الغليل (٥/٣٦٢)، وانظر: التلخيص الحبير (٤/١٦٢).

(٣) هو: الصحابي الجليل صفوان بن أمية بن خلف بن وهب، أبو وهب، القرشي الجمحي المكي، روى أحاديث عن النبي ﷺ، حدث عنه عبدالله وسعيد بن المسيب وطاووس وغيرهم، كان من كبراء قريش، أسلم بعد الفتح وحسن إسلامه، وشهد اليرموك، توفي سنة ٤١هـ.
انظر: الجرح والتعديل (٤/٤٢١)، سير أعلام النبلاء (٢/٥٦٢)، الإصابة (٣/٢٤٦).

أدرعا[١] فقال: أغَصباً يا محمد؟ فقال: (بل عارية مضمونة)، قال: فضاع بعضها، فعرض عليه رسول الله ﷺ أن يضمنها له، فقال: أنا اليوم يا رسول الله في الإسلام أرغب[٢].

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ التزم لصفوان بضمان العارية التي استعارها منه، فلما ضاع بعض العارية وأراد النبي ﷺ أن يضمنها عفا عنها صفوان رضي الله عنه.

ثالثا: الإجماع:

ويمكن أن يستدل بالإجماع من ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: لا خلاف بين العلماء على تضمين المثل في المطعومات والمشروبات والموزونات، واختلفوا فيمن استهلك أو أفسد شيئا من الحيوان أو العروض التي لا تكال ولا توزن، هل تضمن بالمثل أو بالقيمة[٣].

توضيحه: يفهم من هذا أن العلماء متفقون على وجوب الضمان هنا، وإن اختلفوا في كيفية الضمان بالنسبة للحيوان والعروض التي لا تكال ولا توزن.

---

(١) أدرع: جمع درع، وهو لبوس الحديد.
انظر: النهاية في غريب الحديث (٢/١١٤)، لسان العرب (٨/٨٢).

(٢) أخرجه أحمد في المسند (٣/٤٠١) واللفظ له، وأبو داود في سننه: كتاب البيوع والإجارات، باب في تضمين العارية (٣/٨٢٢-٨٢٣) برقم (٣٥٦٢)، والحاكم في المستدرك (٢/٥٤)، والبيهقي في السنن الكبرى: كتاب العارية، باب العارية مضمونة (٦/٨٩)، وقال بعد أن ساق عدة طرق لهذا الحديث: ((وبعض هذه الأخبار وإن كان مرسلا فإنه يقوى بشواهده مع ما تقدم من الموصول والله أعلم))، وصححه الألباني بمجموع طرقه في الإرواء (٥/٣٤٤). وانظر: التلخيص الحبير (٣/١١٦).

(٣) انظر: الجامع لأحكام القرآن (٢/٢٣٩)، الإشراف لابن المنذر (٢/٣٥٥/أ).

الوجه الثاني: أجمع العلماء على تحريم أموال المسلمين والمعاهدين بغير حق(١).

توضيحه: أنه إذا كانت الأموال مصونة في الشريعة الإسلامية فإنه يجب على من أخذها بغير حق أو أتلفها أن يضمنها.

الوجه الثالث: أجمع المسلمون على جواز الضمان الشخصي وهو عقد الكفالة(٢).

توضيحه: أن عقد الكفالة أحد أنواع الضمان بمعناه العام، وقد أجمع المسلمون على جوازه.

المطلب الرابع

أركان(٣) الضمان

المراد بأركان الضمان: أجزاؤه التي لا يجب الضمان إلا بوجودها، وهي: التعدي، والضرر، والإفضاء. فلا يتحقق الضمان إلا إذا وجد التعدي المنشئ للضرر(٤).

---

(١) انظر: الإشراف لابن المنذر (٢/٣٥٠/أ)، مراتب الإجماع (ص٥٨).

(٢) انظر: تكملة المجموع للمطيعي (١٣/١٤٤)، المغني (٧/٧٢).

(٣) أركان: جمع ركن، وهو في اللغة: الجانب الأقوى، وأركان كل شيء: جوانبه التي يستند عليها ويقوم بها. وفي اصطلاح الأصوليين: ما لا وجود للشيء إلا به.

انظر: لسان العرب (١٣/١٨٥-١٨٦)، كشف الأسرار (٣/٦١١)، كشاف اصطلاحات الفنون (١/٨٧٢).

(٤) انظر: نظرية الضمان للزحيلي (ص١٨)، نظرية الضمان لمحمد فوزي (ص٨٨)، ضمان العدوان (ص٩٧).

وقد تكلم الفقهاء قديما على هذه الأركان، إلا أنها جاءت مشتتة وموزعة في أماكن متفرقة من كتبهم، وذلك على طريقتهم في التأليف آنذاك، بخلاف الفقهاء المتأخرين، فإنهم عنوا بترتيبها وجمعها في مكان واحد.

هذا، وقد سمّاها بعض الباحثين بالأركان كما فعلت، وعبّر عنها البعض الآخر بالشروط[١]؛ ولعل ذلك يرجع إلى طريقة الباحث في ترتيب بحثه وتنظيمه، أو أنه من باب التغليب، والقضية اصطلاح، ولا مشاحة في الاصطلاح.

إلا أن «الواقع أن (الضرر): هو العلة المؤثرة في وجوب الضمان، و(التعدي): هو السبب في الضمان والعلة في حدوث الضرر، و(الإفضاء): هو شرط في السبب أو العلة يؤول إلى انتفاء المانع»[٢].

ويمكن توضيح هذه الأركان فيما يلي:

الركن الأول: التعدي:

يمكن توضيح التعدي في النقاط التالية:

أولاً: تعريف التعدي:

التعدي لغة: هو الظلم وتجاوز الحدّ، ويطلق على تجاوز الشيء إلى غيره[٣]، وقال الرازي[٤]: «العَدْو هو التعدي في الأمور وتجاوز ما ينبغي أن يقتصر عليه،

---

(١) انظر: المصادر السابقة.

(٢) نظرية الضمان لمحمد فوزي (ص٨٨).

(٣) انظر: مختار الصحاح (ص٤١٨-٤١٩)، القاموس المحيط (ص١٦٨٨).

(٤) هو: الفقيه الأصولي فخر الدين محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي البكري الرازي، ابن خطيب الرَّيّ، ولد سنة ٥٤٣هـ وقيل ٥٤٤، اشتغل على والده وأبي محمد البغوي والكمال السمناني وغيرهم، له مؤلفات منها: "التفسير"، و"المحصول في أصول الفقه"، و"مناقب الشافعي"، توفي سنة ٦٠٦هـ.

انظر: طبقات الشافعية لابن السبكي (٨/٨١-٩٦)، طبقات الشافعية لابن هداية الله (ص٢٦٣).

يقال: عدا عليه عدواً وعدوانا وعديا واعتداء وتعديا: إذا ظلمه ظلما مجاوزا للحدِ»[١].

التعدي في اصطلاح الفقهاء: ذكر الفقهاء والباحثون تعاريف كثيرة للتعدي، من أبرزها ما يأتي:

١- التعدي عند المالكية أعمّ من الغصب، فهو يشمل التعدي في الأموال والفروج والنفوس والأبدان.

والتعدي في الأموال عندهم على أنواع:

الأول: أخذ الرقبة، وهو الغصب، وتعريفه عندهم: «أخذ مال غير منفعة ظلما وقهرا لا لخوف قتال»[٢].

الثاني: غصب المنفعة دون قصد تملك رقبته. وقد عرَّف بعضهم التعدي بهذا المعنى، فقال: هو «التصرف في الشيء بغير إذن ربه دون قصد تملكه»[٣].

الثالث: الاستهلاك بإتلاف الشيء، ويجري مجراه التسبب في التلف.

الرابع: إتلاف بعض أجزاء الشيء[٤].

---

(١) مفاتيح الغيب (١٢١/٢).

(٢) هذا مع أن بعض المالكية ذهب إلى أن الغصب غير التعدي. انظر: شرح حدود ابن عرفة (٤٦٦/٢، ٤٦٨)، العقد المنظم (٧٩/٢).

(٣) انظر: المرجعين السابقين.

(٤) انظر: المرجعين السابقين، وقوانين الأحكام الشرعية (ص٣٤٤-٣٤٥)، الموافقات (٤٢٥/٣).

٢- عرّفه ابن نجيم الحنفي[١] -رحمه الله- بأنه «الفعل الضارّ بدون حقّ أو جواز شرعي»[٢].

٣- عرّفه الشيخ عبد الرحمن بن ناصر السعدي - رحمه الله - بأنه: «فعل ما لا يجوز من التصرفات أو الاستعمالات»[٣].

٤- قال الأستاذ مصطفى الزرقا: «وأما التعدي فيستعمل في معنيين يجب التمييز بينهما، وتحديد أي منهما هو المراد في هذا المقام:

* فالمعنى الأول للتعدي هو المجاوزة الفعلية إلى حق الغير أو ملكه المعصوم.

* والمعنى الثاني الذي قد يعبر عنه بالتعدي هو العمل المحظور في ذاته شرعا، بقطع النظر عن كونه متجاوزا على حدود الغير أم لا.

فالتعدي بالمعنى الأول (التجاوز) هو المقصود هنا في هذا المقام»[٤].

٥- عرّف الدكتور محمد فوزي التعدي بأنه: «مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعاً أو عرفا أو عادة»[٥].

---

(١) هو الفقيه عمر بن إبراهيم بن محمد، سراج الدين، الحنفي المصري، المعروف بابن نجيم. له مصنفات منها: البحر الرائق بشرح كنز الدقائق في الفقه، إجابة السائل باختصار أنفع الوسائل، الأشباه والنظائر الفقهية، توفي سنة ١٠٠٥هـ.

انظر: هدية العارفين (٥/٧٩٦)، إيضاح المكنون (٣/٢٥)، معجم المؤلفين (٢/٥٥١).

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٤١٣).

(٣) القواعد والأصول الجامعة (ص٤٤)

(٤) الفعل الضار (ص٧٨-٧٩).

(٥) نظرية الضمان لمحمد فوزي (ص٩٢).

والشطر الأول من هذا التعريف -وهو قوله: (مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه)- مأخوذ من تعريف الرازي الذي سبق أن ذكرته في التعريف اللغوي للتعدي.

٦- قال الدكتور وهبة الزحيلي عن الاعتداء أو التعدي: «ويراد به عند الفقهاء: معنى الظلم والعدوان ومجاوزة الحق، وضابطه: هو انحراف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد، أو أنه العمل الضار بدون حق أو جواز شرعي، كما قال ابن نجيم في الأشباه»[١].

٧- قال الدكتور سليمان محمد أحمد: «ولكن الاستعمال الكثير والسائد عند الفقهاء أنهم يقصدون بالتعدي أو الاعتداء: إحداث عمل لم يأذن الشرع فيه. ويعبارة أخرى: إحداث عمل لم يكن للشخص حق فعله»[٢].

هذا ما يسّر الله لي الوقوف عليه من تعاريف لمصطلح التعدي.

ملاحظاتي حول هذه التعاريف:

١- بحثت في كتب المذاهب الفقهية عن تعريف اصطلاحي للتعدي فلم أجد من عرَّفها سوى فقهاء المذهب المالكي وابن نجيم الحنفي. وسبب ذلك – والله أعلم– أنهم اكتفوا بمعناه اللغوي، خاصة وأن أغلب التعاريف التي وقفت عليها راجعة إلى المعنى اللغوي.

٢- ذكر فقهاء المذهب المالكي للتعدي تعريفات وإطلاقات إلا أنها خاصة في المذهب المالكي فيما يظهر؛ لأني لم أجد من وافقهم على هذا من علماء المذاهب الأخرى.

٣- إن التمييز بين المعنيين الذين ذكرهما الأستاذ مصطفى الزرقا جيد وواضح، ويه يزول الاشتباه الواقع بين المعنيين.

---

(١) نظرية الضمان للزحيلي (ص١٨).

(٢) ضمان المتلفات (ص٢٢٨).

٤- إن في تعريف الفقيه ابن نجيم الحنفي تكرارا حسب نظري ؛ ذلك أن قوله (أو جواز شرعي) مستفاد من قوله (بدون حق)، فأغنى عنه، والله أعلم.

٥- إن تعريف الشيخ عبدالرحمن السعدي قد يفهم منه المعنى الثاني الذي ذكره الأستاذ مصطفى الزرقا، وهو غير مراد هنا، ولكن قد يعتذر للشيخ السعدي بأنه كتبه في سياق ذكره الفرق بين التعدي والتفريط(١).

٦- إن الشطر الأول من تعريف الدكتور محمد فوزي – وهو قوله: (مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه) – مأخوذ من تعريف الرازي(٢) الذي سبق أن ذكرته في التعريف اللغوي للتعدي.

٧- إن الدكتور وهبة الزحيلي ذكر معنيين لضابط التعدي:

الأول منهما: فيه إيهام وعدم وضوح، لا سيما وأنه لم يقم بشرح تعريفه، ولم يبين لنا المراد من بعض العبارات الموهمة كقوله: (السلوك المألوف) و(الرجل المعتاد).

وأما الثاني منهما: فهو تعريف الفقيه ابن نجيم الحنفي، وقد ذكرت آنفا ما يرد عليه من اعتراض.

٨- يبقى لنا - بعد ذلك - التعريفات والإطلاقات التي ذكرها كل من: فقهاء المالكية والأستاذ الزرقا والدكتور محمد فوزي والدكتور سليمان أحمد، وهذه التعاريف وإن اختلفت عباراتها فهي - في نظري - تصب في المعنى اللغوي للتعدي ولا تخرج عنه(٣).

---

(١) انظر: القواعد والأصول الجامعة (ص٤٤).

(٢) انظر: مفاتيح الغيب (١٢/٢).

(٣) انظر: نظرية الضمان للزحيلي (ص١٨)، ضمان المتلفات (ص٢٢٨)، مؤسسة المسئولية (ص١٤٣).

وهو ما حدا فقهاء المذاهب الثلاثة - الحنفية والشافعية والحنابلة - إلى عدم ذكر التعريف الاصطلاحي للتعدي - كما قدمته أولاً - مع كثرة اهتمامهم وعنايتهم بذكر المصطلحات والتعاريف، والله تعالى أعلم.

ثانيا: حكم التعدي على الأموال:

لا ريب أن للمال حرمة عظيمة في الشريعة الإسلامية، فهو أحد الضروريات الخمس التي لا تستقيم مصالح الدنيا إلا بها، قال تعالى: ﴿ وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ٱلَّتِى جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَـٰمًا ﴾(١).

ولهذا فقد شرع الله كثيرا من الوسائل والأحكام التي تقوم على حفظ المال ورعايته، ومن بينهما تحريم الاعتداء عليها، ووجوب ضمان الضرر الواقع عليها بالتعدي، فالتعدي أحد أركان الضمان التي لا يتحقق إلا بوجودها(٢).

والأدلة على ذلك كثيرة، أذكر منها:

١ - قال تعالى: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَـٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾(٣).

قال الشيخ عبدالرحمن السعدي في تفسير هذه الآية: «ينهى تعالى عباده المؤمنين أن يأكلوا أموالهم بينهم بالباطل، وهذا يشمل أكلها بالغصوب والسرقات وأخذها بالقمار والمكاسب الرديئة»(٤).

---

(١) سورة النساء، الآية [٥].

(٢) انظر: شرح القواعد الفقهية (ص٤٤٩)، الموافقات (٤٢٨/٣)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٣٦٢)، المبدع (٩٦/٥، ٢٤١)، نظرية الضمان للزحيلي (ص١٨).

(٣) سورة النساء، الآية [٢٩].

(٤) تيسير الكريم الرحمن (ص١٧٥).

٢- عن أبي بكرة[١] -ﷺ- أن النبي ﷺ قال: (إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم بينكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا)[٢].

٣- أجمع أهل العلم على أن الله -عزّ وجلّ- حرم أموال المسلمين والمعاهدين بغير حق[٣].

ثالثا: حدّ التعدي:

من القواعد الفقهية المقررة لدى أهل العلم أن كل اسم ليس له حدّ في اللغة ولا في الشرع فالمرجع فيه إلى العرف[٤][٥].

ومن ذلك التعدي. فإنه لم يرد له ضابط في اللغة ولا في الشرع، وإنما مرجعه إلى العرف والعادة، فما عُدَّ تعديا عادة وعرفا كان كذلك شرعا وأنيط

---

(١) هو: الصحابي الجليل نفيع بن الحارث، وقيل ابن مسروح، أبو بكرة، الثقفي الطائفي، مولى النبي ﷺ، كان عبدا وأعتقه النبي ﷺ لّما فرّ إليه بعدما تولى في حصار ببكرة، روى جملة أحاديث، حدث عنه بنوه عبيد الله وعبد الرحمن، وكذا أبو عثمان النهدي وابن سيرين وغيرهم، قيل بأنه -ﷺ- توفي سنة ٥١، وقيل غير ذلك.

انظر: الجرح والتعديل (٤٨٩/٨)، سير أعلام النبلاء (٥/٣)، الإصابة (٢٥٢/٦).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب العلم، باب قول النبي ﷺ (رب مبلغ أوعى من سامع) (٤١/١) برقم (٦٧)، ومسلم في صحيحه: كتاب القسامة، باب تغليظ الدماء والأعراض والأموال (١٣٠٥/٣) برقم (١٦٧٩).

(٣) الإشراف لابن المنذر (٣٥٠/٢) ألف، وانظر: مراتب الإجماع (ص٥٨).

(٤) العرف في اللغة: يدل على تتابع الشيء متصلا بعضه ببعض، كعرف الفرس، كما يدل على السكون والطمأنينة، كالمعروف.

وفي الاصطلاح: ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول.

انظر: معجم مقاييس اللغة (٢٨١/٤)، العرف والعادة لأبي سنة (ص٨)، العرف لعادل قوته (٩٣/١-١٠٤).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر لابن الوكيل (١٤٠/١-١٤١)، مجموع الفتاوى (٢٣٥/١٩-٢٥٩).

الحكم به ولزم به الضمان[1]، وذلك بغض النظر عن نوع الأهلية في شخص المعتدي وقصده. فلا فرق في ضمان الأموال بين العمد والخطأ[2]، ولا بين الصغير والكبير، ولا بين المجنون والعاقل[3][4].

الركن الثاني: الضرر:

سيكون إيضاح هذا الركن في الأمور التالية:

أولاً: تعريف الضرر لغة وشرعاً:

الضرر لغة: يطلق على عدة معان، منها: ما كان ضد النفع، والضيق والشدة والأذى، كما يطلق على النقصان يدخل في الشيء، ومنه النقص في الأموال والأنفس[5].

---

(١) انظر: القواعد والأصول الجامعة (ص٣٧)، نظرية الضمان للزحيلي (ص١٨)، ضمان العدوان (ص١٠٩-١١١).

(٢) وإنما يفرق بينهما في الإثم، فيأثم العامد دون المخطئ. وسيأتي مزيد تفصيل عند الكلام على قاعدة: ما يضمن بالعمد يضمن بالخطأ.

انظر: شرح الزيادات (ص١٨٦١)، الفروق للقرافي (١/٢١٣)، عدة البروق (ص٣٣٥)، وقواعد الأحكام (١/٣٥، ٢/٦)، مجموع الفتاوى (٢٩/٣٢٧)، إعلام الموقعين (٢/١٥٢)، المحلى (٦/٩١).

(٣) هذا مذهب الحنفية والشافعية والحنابلة وبعض المالكية، وخالف بعضهم الآخر فقالوا: إنه لا ضمان على المجنون والصبي غير المميز.

انظر: بدائع الصنائع (٧/١٧١)، الذخيرة (٢/٢٥٩)، منح الجليل (٦/٩١-٩٢) القواعد للحصني (٢/٢٧٥، ٣/٤١٨) المغني (٦/٦١١).

(٤) انظر: نظرية الضمان للزحيلي (ص١٨)، ضمان العدوان (ص١٠٩-١١١).

(٥) انظر: لسان العرب (٤/٤٨٢-٤٨٨)، المصباح المنير (ص١٣٦).

الضرر شرعاً: عرف الضرر بعدة تعاريف[١]، لا تختلف كثيرا عن معناها اللغوي إلا بزيادة إيضاح، ومن هذه التعاريف قول بعضهم: إن الضرر هو «إلحاق مفسدة بالغير»[٢].

ومن أوضح هذه التعاريف وأقربها إلى موضوع البحث - الضمان - أن الضرر هو: «كل إيذاء يلحق الشخص في ماله أو جسمه أو عرضه أو سمعته»[٣].

هذا، وقد يكون الضرر بالقول كالسب والرجوع عن الشهادة بعد صدور الحكم، كما قد يكون بالفعل الإيجابي كالضرب والإحراق والترويع، وقد يكون بالفعل السلبي كالامتناع عن إطعام المضطر أو إغاثة الغريق[٤].

ثانيا: أنواع الضرر[٥]:

(١) الضرر المادي: وينقسم إلى قسمين:

القسم الأول: الضرر المالي، وهو الضرر الذي يلحق بالمال، سواء كان حيواناً أم منقولاً أم عقاراً أم غير ذلك، وسواء كان الضرر بإتلاف كليا أم جزئياً، أم بالاستيلاء عليه أم التعدي على ملك صاحبه.

---

(١) انظر: التمهيد (١٥٨/٢٠) جامع العلوم والحكم (ص٣٠٣)، نيل الأوطار (٢٩٤/٥).

(٢) الفتح المبين لشرح الأربعين (ص٢١١)، المدخل للزرقا (٩٧٧/٢).

(٣) انظر: نظرية الضمان للزحيلي (ص٢٣).

(٤) انظر: المصدر السابق.

(٥) انظر: بدائع الصنائع (٢٣٣/٧)، الموافقات (١٨٥/٣)، المجموع المذهب للعلائي (بتحقيق محمد صالح فرج ص٢٨٥)، الضمان في الفقه الإسلامي (ص٥٤-٥٥)، نظرية الضمان للزحيلي (ص٢٣-٢٤، ١٣١).

القسم الثاني: الضرر الجسمي، وهو كل ضرر يتعلق ببدن الإنسان، سواء كان ذلك بإتلاف النفس أم إبانة عضو من الأعضاء أم تعطيل منفعة أم جرح أم تشويه أم عاهة.

(٢) الضرر المعنوي (الأدبي):

وهو كل أذى يصيب الإنسان في عرضه أو شرفه أو سمعته أو عاطفته أو شعوره، كالشتم والإهانة.

ثالثا: حكم الضرر:

الضرر ركن من أركان الضمان. فلا يجب الضمان إلا إذا تحقق وقوع الضرر المادي، سواء كان ماليا أم جسميا؛ ولذلك لقوله عليه الصلاة والسلام: (لا ضرر ولا ضرار)[١].

أما الضرر المعنوي: فإن الفقهاء اتفقوا على جبره بالعقوبة الحدّيّة فيما لو كان الضرر قذفا، أو التعزيرية فيما لو كان الضرر دون القذف[٢].

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ: كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق (٧٤٥/٢)، وأحمد في مسنده (٣١٣/١، ٣٢٦/٥-٣٢٧)، وابن ماجه في سننه: كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره (١٠٦/٣) برقم (٢٣٤٠)، والدارقطني في سننه (٢٢٧/٤-٢٢٨)، والبيهقي في سننه الكبرى: كتاب آداب القاضي، باب ما لا يحتمل القسمة (١٣٣/١٠) عن عدد من الصحابة منهم عبدالله بن عباس وعبادة بن الصامت وعائشة رضي الله عنهم. وقال النووي: وله طرق يقوي بعضها بعضا. قال ابن رجب: وهو كما قال. وقال الحاكم: صحيح الإسناد على شرط مسلم. انظر: جامع العلوم والحكم (ص٣٠١-٣٠٢)، مستدرك الحاكم (٦٦/٢).

(٢) انظر: مراتب الإجماع (ص١٣٤)، الإجماع لابن المنذر (ص١٦٣)، المغني (٣٨٤/١٢)، مجموع الفتاوى (٢٢٧/٣٤).

وأما جبر الضرر المعنوي بالضمان المالي فإنه من المسائل النازلة المستجدة[١] التي اختلفت فيها كلمة الفقهاء المعاصرين[٢].

وذلك راجع – والعلم عند الله تعالى – إلى عدم وجود دليل مقنع يدل على جوازه، بل إن الأمر على خلاف ذلك. فإن قبول الضمان المالي عن الأضرار المعنوية فيه مخالفة واضحة لقاعدة الضمان؛ ذلك لأن الضمان المالي يقوم على أساس الجبر بالتعويض، وذلك لا يتحقق إلا بإحلال مال محل مال فاقد مكافئ له؛ ليقوم مقامه ويسد مسده، وليس ذلك بمتحقق هنا؛ لأنه إذا أعطى كان أخذ مال في غير مقابلة مال، فيكون هذا من باب أكل أموال الناس بالباطل، وقد قال تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ ﴾[٣][٤].

الركن الثالث: الإفضاء (الرابطة بين التعدي والضرر):

الإفضاء هو الركن الثالث من أركان الضمان.

والمراد به هو: أنه لا يجب الضمان على المعتدي إلا إذا كان الضرر ناشئا عن اعتدائه، سواء كان عن طريق المباشرة أم التسبب[٥].

---

(١) انظر: المبسوط (٨١/٢٦)، الاختيار (١١٤/٤)، الكافي لابن عبد البر (ص٥٧٧)، مواهب الجليل (٣٠٥/٦)، روضة الطالبين (٣١٣/٨)، المغني (٣٩٣/١٢-٣٩٤).

(٢) انظر: الضمان في الفقه الإسلامي (ص٥٥-٥٧)، الفعل الضار (ص١٢١-١٢٦)، نظرية الضمان للزحيلي (ص٢٤-٢٥).

(٣) سورة النساء، الآية [٢٩].

(٤) انظر: الضمان في الفقه الإسلامي (ص٥٥-٥٦)، الفعل الضار (ص١٢٤).

(٥) انظر: نظرية الضمان للزحيلي (ص٢٦).

وسيأتي مزيد بيان عن مسائل المباشرة والتسبب عند الكلام على القواعد الفقهية المتعلقة بالمباشرة والتسبب.

المطلب الخامس

شروط الضمان

وضع الفقهاء شروطا لا بدّ من توفرها لوجوب الضمان، وهي كما يلي:

١- أن يكون الشيء المضمون مالاً. فلا تضمن الميتة وجلدها، والدم المسفوح، وغير ذلك مما ليس بمال[١].

والمراد بالمال: «ما كان له قيمة مادية بين الناس وجاز شرعا الانتفاع به في حال السعة والاختيار»[٢].

٢- أن يكون المال المضمون متقوّما في الشريعة الإسلامية، فلا ضمان في إتلاف خمر وخنزير لمسلم وغير ذلك مما لا قيمة له[٣].

والمراد بالتقوّم: «المال المحرز الذي يباح الانتفاع به شرعاً»[٤].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (١٦٧/٧)، مجمع الضمانات (٣١٣/١-٣١٥)، بداية المجتهد (٣٨٧/٢)، المجموع (٢٨٥/٩)، المغني (٣٥٨/٦-٣٥٩)، الضمان في الفقه الإسلامي (ص٦٠)، نظرية الضمان للزحيلي (ص٥٧).

(٢) الفقه الإسلامي والحقوق المعنوية ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٢٤٧٧/٣/٥). وانظر: حاشية رد المحتار (٥٠١/٤، ٥٠/٥-٥١)، الموافقات (٣٢/٢)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٣٢٧)، الإقناع (١٥٦/٢)، الأموال ونظرية العقد (ص١٤٩-١٥٠)، أحكام المعاملات الشرعية (ص٢٨).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (١٦٧/٧)، منح الجليل (٩٦/٧)، روضة الطالبين (١٧/٥)، المغني (٤٢٤/٧)، الضمان في الفقه الإسلامي (٦٠/١)، نظرية الضمان للزحيلي (ص٥٨).

(٤) درر الحكام (٤٩٨/٢). وانظر: أحكام المعاملات الشرعية (ص٣٤).

«ويفهم من كلام الفقهاء في المالية والتقوّم أنهما مترابطان ترابطا قد ينفك من جهة بإطلاق. فكل ما هو متقوّم فيه مالية، لكن ليس كل ما فيه مالية متقوّما، وذلك إذا لم يكن المال محترما شرعاً. فما لا يحترمه الشارع ويعتبره فلا قيمة له»[١].

٣- أن يكون المال المضمون مملوكا؛ لأن ما لا مالك له فهو مباح، ولا يجب الضمان في إتلاف المباحات التي لا يملكها أحد، كالطير في الهواء والسمك في الماء[٢].

٤- أن يكون المال المضمون محترما حتى يصير في وجوب ضمانه فائدة؛ ولذا فلا يجب الضمان على المسلم بإتلاف مال الحربي، ولا على الحربي بإتلاف مال المسلم في دار الحرب[٣].

٥- أن يكون المتلف أهلا لوجوب الضمان عليه، فلا ضمان على مالك البهيمة إذا أتلفت مالا لغيره، إلا إذا تسبب المالك في الإتلاف أو فرط في حفظها[٤].

---

(١) الحقوق المعنوية ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٥/٣/٢٣٠٧-٢٣٠٨).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٧/١٦٨)، التمهيد لابن عبد البر (٢٠/١٦١)، السراج الوهاج (ص١٧٥)، الشرح الكبير مع المقنع (١١/٥٥)، الضمان في الفقه الإسلامي (١/٦٠، ٦٦) نظرية الضمان للزحيلي (ص٦٢).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٧/١٦٨)، قوانين الأحكام الشرعية (ص١٤٥، ٣٨٦) مغني المحتاج (٢/٢٧٧، ٢٩٣)، معونة أولي النهى (٥/٣٦٣-٣٦٥)، الضمان في الفقه الإسلامي (١/٦٧)، الضمان للزحيلي (ص٦١-٦٢).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (٧/١٦٨)، الذخيرة (١٢/٢٦٤)، التهذيب للبغوي (٧/٤٣٦)، المغني (١٢/٥٤١)، الضمان في الفقه الإسلامي (١/٥٧)، نظرية الضمان للزحيلي (ص٦١).

ولا يشترط في أهلية الضمان البلوغ والعقل والعلم؛ لأن ضمان الأموال من باب خطاب الوضع لا التكليف[1].

٦- أن يكون الضرر محقق الوقوع على وجه دائم. فلا يجب الضمان بمجرد وقوع الاعتداء، كما لو رمى قدحا لغيره فلم يصب القدح بشيء، فإنه لا يجب على الرامي شيء؛ لعدم وقوع الضرر.

كما أنه لا يجب الضمان إذا وقع الضرر ولم يستمر، بحيث رجع الشيء إلى الحالة التي كان عليها قبل الضرر، كأن عُولج المرض أو نبتت سن الحيوان المجنيّ عليه[2].

٧- أن يكون الضرر فاحشا لا يسيراً، فلا ضمان في الضرر اليسير المعتاد.

والمرجع في معرفة حد الفاحش واليسير إلى العرف والعادة[3].

المطلب السادس

أسباب الضمان

ذكر الفقهاء أسبابا كثيرة موجبة للضمان في مواطن متعددة من كتبهم، إلا أنهم اختلفوا في كيفية تقسيمهم لها: فمنهم من يذكر أنها أربعة، ومنهم من

---

(١) انظر: الاختيار (١١٣/٢)، الفروق للقرافي (٢١٣/١)، القواعد للحصني (٢٧٥/٢)، إعلام الموقعين (١٥٢/٢).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (١٥٥/٧-١٥٧)، البهجة شرح التحفة (٣٣٥/٢)، التهذيب للبغوي (١٠٢/٧)، المغني (٥٥٣/١١-٥٥٤)، الضمان في الفقه الإسلامي (٤٦/١)، نظرية الضمان للزحيلي (ص٦٠).

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين (٤٤٧/٥-٤٤٨)، التمهيد لابن عبد البر (١٦١/٢٠)، البهجة شرح التحفة (٣٣٥/٢)، روضة الطالبين (٣١٩/٩-٣٢٠)، الفروع لابن مفلح (٢٨٥/٤).

يزيد على ذلك أو ينقص[١].

والسبب في ذلك يرجع إلى أنهم لم يفردوا هذا الموضوع - أي الضمان - بباب خاص يتناولون فيه أسبابه وأركانه وشروطه وأنواعه وأحكامه، وإنما كان حديثهم عنه عرضا في مسائل تتصل بالضمان ضمن أبواب متعددة من كتبهم.

ولما كانت هذه الأسباب كثيرة التداخل فيما بينها فإنه يمكن إرجاعها إلى أسباب رئيسة ثلاثة، هي: العقد واليد والإتلاف.

السبب الأول: العقد:

سبق وأن عرَّفتُ العقد في اللغة والاصطلاح[٢]، وبيّنتُ أنه يشمل الالتزامات الناشئة عن اتفاق بين طرفين كالبيع والإجارة ونحوهما، كما يشمل الالتزامات الناشئة من طرف واحد كالوقف والجعالة ونحوهما.

---

(١) ذكر العز بن عبد السلام والحصني أن أسباب الضمان أربعة، وهي: اليد والمباشرة والسبب والشرط. وجعلها ابن رجب ثلاثة: العقد واليد والإتلاف. وكذلك ذكرها الزركشي والسيوطي إلا أنهما أضافا الحيلولة سببا رابعا. أما الغزالي والقرافي وابن رشد فقد ذكروا أنها ثلاثة، وهي: التفويت بالمباشرة أو التسبب أو إثبات اليد العادية. وجعلها بعضهم خمسة. كما أوصلها بعضهم إلى سبعة.

انظر: بداية المجتهد (٢/٣٨٦)، قوانين الأحكام الشرعية (ص٣٤٨)، الفروق للقرافي (٢/٢٠٦)، الوجيز (١/٢٠٥)، قواعد الأحكام (٢/٢٦٥)، المنثور (٢/٣٢٢-٣٢٣)، القواعد للحصني (٣/٤٢٠)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٣٦٢)، تقرير القواعد (٢/٣١٦).

(٢) كما في المطلب الثاني: الألفاظ ذات الصلة بالضمان صفحة٦٢ من هذه الرسالة.

ويعدّ العقد – بنوعيه السابقين – سبباً موجبا للضمان المالي[١]؛ وذلك لأن العقد يترتب عليه أحكام خاصة ملزمة لكل من الطرفين أو لمن قام الالتزام في حقه.

فمن العقود ما شرع لإفادة الضمان، فكان الضمان حكما له وأثرا، كعقد الكفالة التي هي عبارة عن «ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق»[٢]، فيترتب عليه التزام الكفيل ضمان المكفول به، فتشغل به ذمته كما تنشغل به ذمة المضمون عنه[٣].

ومن العقود ما شرع لإفادة حكم آخر غير الضمان، ولكن الضمان يترتب عليه باعتباره أثرا لازما لحكمه، فمقتضى عقد البيع - مثلا – تسليم المبيع للمشتري والثمن للبائع وسلامة العوضين من العيب وعدم استحقاق أحدهما لغير صاحبه، فإذا حدث خلل في ذلك المقتضى ترتب الضمان على من حصل من جانبه بناء على العقد.

ومثل ذلك في عقد السلم والإجارة ونحوهما[٤].

ومن العقود ما شرع لإفادة حكم آخر غير الضمان، ولكن الضمان يترتب عليه أثرا؛ لوجود شرط صحيح فيه اشترطه المتعاقدان أو أحدهما، أو كان الشرط

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص١٢٧، ٢٩١)، قوانين الأحكام الشرعية (ص٣٤٨)، المنثور (٢/٣٢٢)، تقرير القواعد وتحرير الفوائد (٢/٣١٦)، الضمان في الفقه الإسلامي (١/١٦-١٧)، نظرية الضمان للزحيلي (ص٦٣-٦٥).

(٢) انظر: المغني (٧/٧١)، وانظر: فتح القدير (٦/٢٨٣)، شرح الزرقاني على خليل (٦/٢٢)، مغني المحتاج (٢/١٩٨).

(٣) انظر: الضمان في الفقه الإسلامي (١/١٦).

(٤) انظر: المصدر السابق، ونظرية الضمان للزحيلي (ص٦٣).

مفهوما ضمن العقد حسب العرف والعادة. فمتى أخلّ العاقد بشيء من هذه الشروط فإن الضمان يترتب عليه، ويكون العقد هو السبب الموجب للضمان[١].

والأصل في الالتزام بالوفاء بالعقود والشروط وتحمل مسئولية ذلك عند الإخلال بها عموم الآيات الدالة على ذلك كقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾[٢]، وقوله جل وعلا: ﴿وَأَوۡفُواْ بِٱلۡعَهۡدِۖ إِنَّ ٱلۡعَهۡدَ كَانَ مَسۡـُٔولٗا﴾[٣].

ومن السنة قول النبي ﷺ: **(المسلمون على شروطهم إلا شرطا حرّم حلالا أو أحلّ حرما)**[٤].

وكذلك ما قرره الفقهاء من قواعد فقهية مستندة إلى أدلة شرعية تقضي بتقييد العقد المطلق بالعرف والعادة كما يتقيد بالنص، وذلك كقاعدة (المعروف عرفا كالمشروط شرطا)[٥].

---

(١) انظر: المصدرين السابقين.

(٢) سورة المائدة، [١].

(٣) سورة الإسراء، [٣٤].

(٤) أخرجه الترمذي في سننه: كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس (٣/٦٣٤-٦٣٥) برقم (١٣٥٢)، والدارقطني (٣/٢٧)، والحاكم في المستدرك (٤/١١٣)، والبيهقي في سننه: كتاب الشركة، باب الشرط في الشركة وغيرها (٦/٧٩)، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح. قال ابن تيمية في القواعد النورانية (ص٢٢٠): «وهذه الأسانيد وإن كان الواحد منها ضعيفا فاجتماعها من طرق يشدّ بعضها بعضا»، وصححه الألباني بمجموع طرقه في الإرواء (٥/١٤٢-١٤٦).

(٥) انظر: درر الحكام (١/٥١)، شرح تنقيح الفصول (ص٤٤٨)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٩٢-٩٣)، زاد المعاد (٥/١٠٩، ١١٨).

تصنيف العقود بالنظر إلى الضمان وعدمه:

تصنف العقود - بالنظر إلى الضمان وعدمه - إلى ثلاثة أصناف:

أولا: عقود ضمان: وهي العقود التي يكون فيها المال مضمونا على الطرف القابض له مطلقا في جميع الحالات، سواء وجد منه التعدي أو التقصير أم لم يوجد، كما لو هلك بآفة سماوية.

وذلك كعقد البيع والقرض ونحوهما.

ثانيا: عقود أمانة: وهي العقود التي يكون فيها المال المقبوض أمانة في يد قابضه، فلا يترتب عليه ضمانه إلا إذا تعدى عليه أو قصّر في حفظه.

وذلك كعقد الإيداع والوكالة ونحوهما.

ثالثا: عقود مزدوجة الأثر: وهي العقود التي تنشئ الضمان من وجه والأمانة من وجه.

وذلك كعقد الإجارة والرهن ونحوهما[(١)]. فالإجارة مثلا يعتبر فيها المال المأجور أمانة في يد المستأجر، لكن منافعه المعقود على استيفائها مضمونة على المستأجر بمجرد تمكنه من استيفائها. فلو ترك المأجور دون أن ينتفع به حتى مضت مدة الإجارة يكون ما فات من المنافع فائتا على حسابه، وتلزمه الأجرة التي هي قيمة تلك المنافع[(٢)].

---

(١) انظر: تقرير القواعد وتحرير الفوائد (١/٢٩٨، ٣٠٢، ٣٢٣)، تحفة أهل الطلب (ص٣٤-٣٦، ٤٠)، المدخل الفقهي للزرقا (١/٥٧٩-٥٨١)، نظرية الضمان للزحيلي (ص٦٥).

(٢) المدخل الفقهي للزرقا (١/٥٨٠).

السبب الثاني: وضع اليد:

تطلق اليد في اللغة على الجارحة المعروفة، وهي من المنكب إلى أطراف الأصابع، وتطلق استعارة على القوة والقدرة والنعمة والملك والسلطان والطاعة والجماعة والأكل والندم والعياث ومنع الظلم والاستسلام.

والمراد بوضع اليد حيازة الشيء. فإذا حاز الإنسان مالا كان تحت يده[١].

ويعدّ وضع اليد سببا من أسباب الضمان، لكن ليس في جميع الأحوال[٢]؛ فاليد تنقسم من حيث الضمان وعدمه إلى قسمين، هما:

أولاً: يد الأمانة:

وهي اليد التي حصل المال في حوزتها بإذن من الشارع أو إذن من المالك[٣].

كيد الوديع والوكيل والشريك وعامل المضاربة ونحوهم. فأصحاب هذه الأيدي لا يجب عليهم الضمان؛ لأن أيديهم مؤتمنة، إلا إذا حصل منهم تعدٍّ على المال أو تفريط في حفظه، فإنهم يضمنون لذلك[٤].

---

(١) انظر: تهذيب اللغة (١٤/٢٣٩)، مختار الصحاح (ص٧٤٢)، المصباح المنير (ص٢٦٠)، المعجم الوسيط (٢/١٠٦٣).

(٢) انظر: مجمع الضمانات (١/٢٨٨، ٢٩٨)، شرح المنهج المنتخب (ص٥٣٤)، القواعد للحصني (٣/٤٢٠)، تقرير القواعد (٢/٣١٦).

(٣) انظر: شرح المجلة (ص٤٢٤-٤٢٥)، الفروق (٢/٢٠٧، ٤/٢٧)، قوانين الأحكام الشرعية (ص٣٤٨)، المنثور (٢/٣٢٣)، تقرير القواعد (١/٢٩٤، ٣٠٧)، القواعد والفوائد والأصول الجامعة (ص٤٤)، الإرشاد للسعدي (ص١٤١)، الضمان في الفقه الإسلامي (١/١٠٣).

(٤) انظر: الفوائد الزينية (ص١٢٧)، الكافي لابن عبدالبر (ص٤٠٧)، قوانين الأحكام الشرعية (ص٣٤٨-٣٤٩)، المنثور (٢/٣٢٣)، تحرير القواعد (٢/٣٢٢)، القواعد الفقهية للعثيمين (ص٦٩).

ثانياً: يد الضمان:

وهي كل يد لم تستند في حوزتها للمال إلى إذن من الشارع أو إذن من المالك[١].

كيد الغاصب ومن كانت عنده أمانة فطلبها صاحبها فامتنع من غير عذر[٢].

فإذا كانت اليد يد ضمان وجب على صاحبها الضمان عند تلف ما تحتها من الأموال أو نقصها، سواء أكان تلفها باعتداء عليها من واضع اليد أم من أجنبي أم كان بسبب سماوي[٣].

وقد قسم بعض العلماء يد الضمان إلى قسمين:

١- **اليد العادية:** وهي التي قبضت المال دون إذن من الشارع أو إذن من المالك، كيد الغاصب والسارق ونحوهما، فهؤلاء يضمنون الشيء مهما كان سبب التلف.

٢- **اليد غير العادية:** وهي التي قبضت بغير عدوان، بل بإذن المالك، كقبض المبيع أو بقاء يد البائع، فإنه من ضمان البائع قبل القبض، ومن ضمان المشتري بعد القبض، مع عدم العدوان[٤].

---

(١) انظر: المبسوط (١١١/١١)، بدائع الصنائع (٢٤٨/٥، ٨٠/٧)، الفروق (٢٠٧/٢، ٢٧/٤)، قوانين الأحكام الشرعية (ص٣٤٨)، المنثور (٣٢٣/٢، ٣٣٢)، تقرير القواعد (٢٩٤/١-٢٩٥)، الإرشاد للسعدي (ص١٤٨)، الضمان في الفقه الإسلامي (١٠٣/١).

(٢) انظر: الإرشاد للسعدي (ص١٤٨).

(٣) انظر: مجمع الضمانات (٢٨٨/١، ٢٩٨)، الفروق للقرافي (٢٠٧/٢)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٣٦٢)، تقرير القواعد (٣٢١/٢-٣٢٣)، الضمان في الفقه الإسلامي (١٠٢/١-١٠٤).

(٤) انظر: المراجع السابقة.

السبب الثالث: الإتلاف:

الإتلاف في اللغة: مصدر أتلف، والتلف هو الهلاك والفناء والعطب في كل شيء[١].

وعرّف الإتلاف في الاصطلاح: بأنه إخراج الشيء من أن يكون منتفعا به منفعة مطلوبة منه عادة[٢].

وهو أحد الأسباب الموجبة للضمان[٣]؛ وذلك لما فيه من الاعتداء والإضرار المنهي عنهما شرعا، كما في قول الله عزّ وجلّ: ﴿ فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ﴾[٤]، وقال النبي عليه الصلاة والسلام: **(لا ضرر ولا ضرار)**[٥].

قال أبو عبدالله المقري: «قاعدة: تقدم أن أسباب الضمان ثلاثة: الإتلاف والتسبب ووضع اليد غير المؤتمنة... وعلى هذه القاعدة تتخرج فروع الضمان، وهي متفق عليها، وإنما يختلف عند اجتماع شائبة الأمانة معها، فيختلف أيها يغلب»[٦].

---

(١) انظر: مختار الصحاح (ص٧٨)، لسان العرب (٩/١٨)، القاموس المحيط (ص١٠٢٦).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٧/١٦٤).

(٣) انظر: المرجع السابق، وترتيب الفروق (٢/١٨٨)، المنثور (٢/٣٢٢)، تحفة أهل الطلب (ص١٠٥).

(٤) سورة البقرة، الآية [١٩٤].

(٥) تقدم تخريجه في صفحة ٨٤ من هذه الرسالة.

(٦) القواعد خ (ص١٤٠) بواسطة شرح المنهج المنتخب (ص٥٣٥).

والإتلاف قد يكون بالمباشرة وقد يكون بالتسبب، إلا أني سأؤجل الكلام عنها مع تفصيلات أخرى عن الإتلاف لأتحدث عنها في الفصل المتعلق بقواعد الضمان بسبب الإتلاف، والفصل المتعلق بالقواعد المتعلقة بالمباشر والمتسبب[١].

المطلب السابع

أنواع الضمان

ينقسم الضمان بالنظر إلى الشيء الذي وقع عليه الضرر إلى نوعين: ضمان النفس وضمان المال، وينقسم ضمان المال بالنظر إلى أسبابه إلى ثلاثة أقسام، وهي كما يلي:

أولاً: أنواع الضمان بالنظر إلى الشيء الذي وقع عليه الضرر[٢]:

١- ضمان النفس الإنسانية الحرة وأطرافها وما يتعلق بها من منافع، ويتمثل في الديات[٣] والأروش[٤] المقدرة وغير المقدرة. وهذا خارج عن موضوع بحثي؛ لأن رسالتي تتعلق بالضمان المالي.

---

(١) انظر: صفحة ١٠١-١٤٤، وصفحة ٣٥٣-٤٣٢ من هذه الرسالة.

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٢٣٣/٧)، الموافقات (١٨٥/٣)، المجموع المذهب للعلائي (بتحقيق محمد صالح فرج ص٢٨٥)، الضمان في الفقه الإسلامي (١/٥٤-٥٥)، نظرية الضمان للزحيلي (ص٢٣-٢٤، ١٣١).

(٣) الديات: جمع دية، وهي: مال يجب بقتل آدمي حر عن دمه أو بجرحه مقدرا شرعا لا باجتهاد. انظر: شرح حدود ابن عرفة (٦٢١/٢)، مغني المحتاج (٥٣/٤).

(٤) الأروش: جمع أرش، وهو: عبارة عن الشيء المقدر الذي يحصل به الجبر عن الفائت. انظر: التعريفات (ص١٧)، أنيس الفقهاء (ص٢٩٥)، الزاهر (ص٤٨٣)، القاموس الفقهي (١٩-٢٠).

٢- ضمان المال من الحيوانات والجمادات: ويتمثل في ردّ عين الشيء أو مثله أو قيمته[1].

ثانياً: أنواع ضمان المال بالنظر إلى أسبابه[2]:

١- ضمان العقد.

٢- ضمان اليد.

٣- ضمان الإتلاف.

وقد سبق أن تكلمت عليها في مطلب خاص بأسباب الضمان[3]، فأغنى عن التكرار، وليرجع إليه.

---

(١) سيأتي مزيد تفصيل عن كيفية ضمان المال عند الكلام على قاعدة: (المثلي مضمون بمثله والمتقوّم بالقيمة) صفحة ٤٤٤-٤٦٢ من هذه الرسالة.

(٢) انظر: المنثور (٢/٣٣٢)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٣٦١).

(٣) انظر: صفحة ٨٨-٩٦ من هذه الرسالة.

الباب الأول

القواعد المتعلقة بأسباب الضمان

وفيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول: القواعد المتعلقة بسبب الإتلاف.

الفصل الثاني: القواعد المتعلقة بالتعدي والتفريط.

الفصل الثالث: القواعد المتعلقة بسبب العقد واليد.

الفصل الأول

القواعد المتعلقة بسبب الإتلاف

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: قاعدة من أتلف نفسا لنفع يعود إلى نفسه فلا ضمان عليه، وإن كان النفع يعود إلى غيره فعليه الضمان.

المبحث الثاني: قاعدة لا يجب الضمان بإتلاف ملكه إلا إذا تعلق به حق لغيره.

المبحث الثالث: قاعدة إذا حصل التلف من فعلين أحدهما مأذون فيه، والآخر غير مأذون فيه وجب الضمان كاملاً.

المبحث الأول

قاعدة من أتلف نفسا لنفع يعود إلى نفسه فلا ضمان عليه، وإن كان النفع يعود إلى غيره فعليه الضمان

هذه القاعدة من القواعد الفقهية المتعلقة بسبب من أسباب الضمان، ألا وهو الإتلاف، وستكون دراستها – بمشيئة الله – في المطالب السبعة الآتية.

المطلب الأول

في صيغ القاعدة

أول من ذكر القاعدة - في حدّ علمي - العلامة ابن رجب الحنبلي [١]، ثم نقلها عنه أحمد القاري [٢] في كتابه "مجلة الأحكام الشرعية" [٣].

أما الشيخ عبد الرحمن السعدي فإنه أجرى عليها بعض التعديلات في ألفاظها مما أدّى إلى تغير في معناها وحكمها، فذكرها بصيغة: «من أتلف شيئاً لينتفع به ضمنه، ومن أتلفه دفعا لمضرته فلا ضمان عليه» [٤].

وسيأتي مزيد إيضاح حول الاختلاف بين الصيغتين في المعنى والحكم عند الكلام على نقد القاعدة.

---

(١) انظر: تقرير القواعد (١/٢٠٩).

(٢) هو القاضي أحمد بن عبد الله بن محمد بشير خان الحجازي، من أصل هندي، ولد سنة ١٣٠٩هـ، وتعلم في المدرسة الصولتية بمكة وعلم بها، عين رئيسا للمحكمة الشرعية الكبرى ثم عضوا في رئاسة القضاة، من مؤلفاته: "مجلة الأحكام الشرعية"، توفي سنة ١٣٥٩هـ.
انظر: الأعلام (١/١٦٣)، معجم المؤلفين (١/١٨٥).

(٣) انظر: مجلة الأحكام الشرعية (ص٨١).

(٤) القواعد والأصول الجامعة (ص٤٣).

المطلب الثاني

في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية الواردة في القاعدة

أتلف لغة: بمعنى أهلك وأعطب وأفنى(١).

والإتلاف في اصطلاح الفقهاء: إخراج الشيء من أن يكون منتفعا به منفعة مطلوبة منه عادة(٢).

والإتلاف عند الفقهاء نوعان(٣):

الأول: إتلاف بالمباشرة:

وهو إتلاف الشيء دون وجود واسطة، مثل الإتلاف بالقتل أو الذبح أو الإحراق أو الإغراق، أو هدم الدور، أو أكل الأطعمة، أو تمزيق الثوب، أو قطع الشجر، أو كسر الإناء، ونحو ذلك.

والثاني: إتلاف بالسبب:

وهو فعل ما يفضي عادة إلى الإتلاف دون أن يتخلّل بينهما ما يمكن إحالة الحكم عليه، كحفر بئر في موضع لم يؤذن فيه، أو إيقاد النار قريبا من الزرع، أو رمي ما يزلق الناس في الطرقات، فيعطب بسبب ذلك حيوان أو إنسان.

---

(١) انظر: معجم مقاييس اللغة (١/٣٥٣)، لسان العرب (٩/١٨).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٧/١٦٤).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٧/١٦٥)، الفروق (٤/٢٧)، قواعد الأحكام (٢/٢٦٥-٢٦٦)، تقرير القواعد (٢/٣١٦)، مجلة الأحكام الشرعية (ص٤٣٠ م١٣٧٧)، الإرشاد للسعدي (ص١٤٨)، نظرية الضمان للزحيلي (ص٦٨-٦٩).

نفساً: والمراد بها نفس الصائل.

والصائل: هو الذي يثب على الناس ويضرّ بهم ويتطاول عليهم[١]، وهو قسمان:

الأول: أن يكون آدميا، سواء كان مكلفا أم غير مكلف، كالصبي والمجنون، وهذا يدخل في كتاب الجنايات، وليس من الضمان المالي.

الثاني: أن يكون غير آدمي، كالجمل الصائل والكلب العقور وغيرهما[٢].

لنفع يعود إلى نفسه: أي لمصلحة معصومة ترجع إلى المُتلِف، وهذه المصلحة تتضمن أربعة أشياء:

الأول: النفس.

الثاني: ما دون النفس، كالجرح وقطع الطرف.

الثالث: البضع، كالزنا واللواط ومقدماتهما.

الرابع: المال ولو كان قليلا.

وهناك أمر آخر - وهو أهمها -: وهو الدين[٣].

فلا ضمان عليه: أي فلا يتحمل ضمان ما أتلفه من آدمي أو غيره.

وإن كان النفع يعود إلى غيره فعليه الضمان: أي إذا كانت المصلحة - من نفس أو جرح أو طرف أو بضع أو مال - ترجع إلى غير المُتلِف فإنه يجب عليه الضمان.

---

(١) انظر: معجم مقاييس اللغة (٣/٣٢٢)، لسان العرب (١١/٣٨٧).

(٢) انظر: الذخيرة (١٢/٢٦٢)، روضة الطالبين (١٠/١٨٦).

(٣) انظر: المرجعين السابقين، والعزيز (١١/٣١٦).

المطلب الثالث

في المعنى الإجمالي للقاعدة

إن كل من أتلف نفسا إنسانية أو حيوانية بقتل أو جرح أو قطع طرف من أطرافها لمصلحة ترجع إليه - كمصلحة نفسه أو طرفه أو عرضه أو ماله - فإنه لا يجب عليه ضمان ذلك المتلف. وإن كان ذلك الإتلاف يرجع إلى مصلحة غيره - كنفس غيره أو جرحه أو طرفه أو عرضه أو ماله - فإنه يضمن ذلك المتلَف.

المطلب الرابع

في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة

لما كانت هذه القاعدة تتعلق بمسائل دفع الصائل بصفة أوليّة - وإن كان ثمة فروع تندرج تحتها ليست من مسائل الصيال، إلا أن فيها شبهاً بها - كان من المناسب أن أذكر مسألة حكم ضمان الصائل المتلف حتى نتعرّف على أقوال الفقهاء في القاعدة وأدلتهم والراجح من أقوالهم.

وهذه القاعدة لها طرفان:

الطرف الأول: فيما إذا كان الإتلاف لمصلحة ترجع إلى المُتلِف.

والطرف الثاني: فيما إذا كان الإتلاف لمصلحة ترجع إلى غير المُتلِف.

ولكل من هذين الطرفين أقوال وأدلة خاصة به، ولهذا كان من المناسب أن أجعلها في مسألتين على النحو الآتي:

المسألة الأولى: إذا صال صائل على إنسان فقتله المصول عليه فهل يضمن المصول عليه الصائل؟:

اتفق الفقهاء على أن المكلف الحر أو العبد إذا صال على إنسان فقتله المصول عليه فإنه لا يضمنه[١].

واختلفوا فيما إذا كان الصائل غير مكلف - كالصبي والمجنون والدابة — على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أنه لا يضمنه، وهو قول المالكية[٢] والشافعية[٣] والصحيح من مذهب الحنابلة؛ عليه أصحابهم[٤]، وهو قول الظاهرية[٥].

القول الثاني: أنه يجب عليه ضمان الصبي والمجنون بالدية، والدابة بالقيمة،

---

(١) إلا أن الحنفية استثنوا ما إذا شهر عليه الصائل عصا -لا سلاحا- في مصر نهارا؛ فإذا قتله المشهور عليه فإنه يقتل به. انظر: إيثار الإنصاف (ص٨٠٣)، بدائع الصنائع (٧/٩٢)، حاشية رد المحتار (٦/٥٤٦)، المعونة (٣/١٣٦٩)، الفروق للقرافي (٤/١٨٥)، منح الجليل (٩/٣٦٨)، كتاب الحدود من الحاوي (٢/١١٠٥)، فتح الباري (١٢/٢٣٢) الإقناع (٢/٦٠٢)، المحلى (٦/٤٤٢-٤٤٣).

(٢) واشترط المالكية أن يقيم المصول عليه بينة على أنه صال عليه؛ فإن لم يقم بينة فإنه يضمن. انظر: الإشراف (٢/٨٣٧)، المعونة (٣/١٣٦٩)، تبصرة الحكام (٢/٢٥٠)، منح الجليل (٩/٣٦٨).

(٣) انظر: كتاب الحدود من الحاوي (٢/١١٠٥)، العزيز (١١/٣١٢)، روضة الطالبين (١٠/١٨٦)، مغني المحتاج (٤/١٩٤).

(٤) انظر: المغني (١٢/٥٣٠)، الإنصاف (١٥/٣٤٣-٣٤٤، ٢٧/٣٧) الإقناع (٢/٦٠٢).

(٥) انظر: المحلى (٦/٤٤٢-٤٤٣).

وهو مذهب الحنفية سوى أبي يوسف[١][٢]، وقول للحنابلة مخرّج على وجوب ضمان الصيد الصائل على المحرِم[٣].

القول الثالث: أنه يجب على المصول عليه أن يدفع قيمة الحيوان فقط، ولا يدفع دية الصبي والمجنون، وهو قول أبي يوسف من الحنفية[٤].

أدلة القول الأول:

استدلّ أصحاب القول الأول بأدلة من المنقول والمعقول، وهي كالتالي:

١- قال تعالى: ﴿مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ﴾[٥].

وجه الدلالة: أن من دافع عن نفسه أو ماله أو عرضه فهو محسن في ذلك،

---

(١) هو الفقيه القاضي يعقوب بن إبراهيم بن حبيب، أبو يوسف الأنصاري الكوفي، صاحب أبي حنيفة، ولد سنة ١١٣هـ، حدث عن هشام بن عروة وعطاء بن السائب والأعمش، ولزم أبا حنيفة وتفقه عليه وغلب عليه الرأي، وحدث عنه يحيى بن معين وأحمد بن حنبل وأسد بن الفرات وغيرهم، كان هو المقدم من أصحاب أبي حنيفة وأول من وضع الكتب على المذهب وأملى المسائل ونشرها، وبث علم أبي حنيفة في أقطار الأرض، وله مؤلفات منها: الأمالي والنوادر، وكتاب الخراج وغيرهما، توفي سنة ١٨٢هـ.

انظر: وفيات الأعيان (٦/٣٨٧-٣٩٠)، سير أعلام النبلاء (٨/٥٣٥)، الفوائد البهية في تراجم الحنفية (ص٢٢٥).

(٢) انظر: مختصر اختلاف العلماء (٥/٢١٠)، رؤوس المسائل (ص٥٠٦)، الهداية مع البناية (١٢/١٣٤)، حاشية رد المحتار (٦/٥٤٥-٥٤٦).

(٣) انظر: الإنصاف (١٥/٣٤٣-٣٤٤، ٢٧/٣٧).

(٤) انظر: الهداية مع البناية (١٢/١٣٤)، البحر الرائق (٨/٣٤٤).

(٥) سورة التوبة، الآية [٩١].

فوجب أن لا يكون عليه سبيل في غرم[١].

٢- قال تعالى: ﴿وَلَمَنِ ٱنتَصَرَ بَعْدَ ظُلْمِهِۦ فَأُوْلَٰٓئِكَ مَا عَلَيْهِم مِّن سَبِيلٍ﴾[٢].

وجه الدلالة: أن المصول عليه مظلوم، فإذا انتصر لنفسه أو ماله أو عرضه بقتل الصائل فليس عليه سبيل من غرم دية الصائل أو قيمته.

نوقش: بأن غير المكلف لا ينسب إليه ظلم.

وأجيب: بأن الظلم وضع الشيء في غير موضعه؛ فصار الدافع مظلوما وإن لم ينسب إلى المدفوع - برفع القلم عنه - ظلم[٣].

٣- عن عبدالله بن الزبير[٤] رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: (من شهر سيفه ثم وضعه فهو هدر)[٥].

---

(١) انظر: الإشراف (٨٣٧/٢)، كتاب الحدود من الحاوي (١١٠٧/٢)، المحلى (٤٤٤/٦).

(٢) سورة الشورى، الآية [٤١].

(٣) انظر: كتاب الحدود من الحاوي (١١٠٨/٢).

(٤) هو الصحابي الجليل عبد الله بن الزبير بن العوام، أبو بكر وأبو خبيب القرشي الأسدي المكي ثم المدني، كان أول مولود للمهاجرين بالمدينة، ولد سنة اثنتين، وقيل غير ذلك، روى عن النبي ﷺ وعن أبيه وجده لأمه أبي بكر الصديق وغيرهم، وحدث عنه أخوه عروة بن الزبير وعبيدة السلماني وغيرهما، كان فارسا شجاعا، له مواقف مشهودة، بويع بالخلافة عند موت يزيد بن معاوية سنة أربع وستين، لكن لم يستوثق له الأمر، قتل بمكة في جمادى الآخرة سنة ٧٣هـ.
انظر: أسد الغابة (٢٤٢/٣)، سير أعلام النبلاء (٣٦٣/٣).

(٥) أخرجه النسائي في سننه: كتاب تحريم الدم - باب من شهر سيفه ثم وضعه في الناس (١٣٣/٧-١٣٤) برقم (٤١٠٨)، والطبراني في الأوسط (٧٦/٨)، والحاكم في المستدرك (١٧١/٢)، وأبو نعيم في الحلية (٢١/٤)، وقال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي. وقال الألباني في السلسلة الصحيحة (٤٥٦/٥): وهو كما قالا.

وجه الدلالة: معنى الحديث أن من سلّ سيفه ثم وضعه في الناس يضربهم به فدمه هدر، فلا دية ولا قصاص بقتله.

والحديث وإن كان صريحا في الآدمي إلا أنه يشمل الحيوان من باب أولى؛ لأن حرمة الآدمي أعظم من حرمة الحيوان(١).

٤- عن سعيد بن زيد(٢) ﷺ قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: **(من قتل دون ماله فهو شهيد، ومن قتل دون دينه فهو شهيد، ومن قتل دون دمه فهو شهيد، ومن قتل دون أهله فهو شهيد)**(٣).

٥- عن عبدالله بن عمرو(٤) رضي الله عنهما قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول:

---

(١) انظر: المعونة (٣/١٣٦٩).

(٢) هو الصحابي الجليل سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل بن عبد العزى، أبو الأعور القرشي العدوي، أحد العشرة المبشرين بالجنة، ومن السابقين الأولين البدريين، ومن الذين رضي الله عنهم ورضوا عنه، شهد المشاهد مع النبي ﷺ، له أحاديث يسيرة، روى عنه ابن عمر وأبو الطفيل وعروة بن الزبير وغيرهم، توفي -ﷺ- سنة ٥١، وقيل غير ذلك، ودفن بالمدينة.
انظر: الاستيعاب (٤/١٨٦)، حلية الأولياء (١/٩٥)، سير أعلام النبلاء (١/١٢٤).

(٣) أخرجه أحمد في مسنده (١/١٩٠) وأبو داود في سننه: كتاب السنة، باب في قتال اللصوص (٥/١٢٨-١٢٩) برقم (٤٧٧٢)، والترمذي في سننه: كتاب الديات، باب ما جاء فيمن قتل دون ماله فهو شهيد (٤/٢٢) برقم (١٤٢١)، والنسائي في سننه: كتاب التحريم، باب من قاتل دون دينه (٧/١٣٢-١٣٣) برقم (٤١٠٦)، وابن ماجه في سننه: كتاب الحدود، باب من قتل دون ماله فهو شهيد (٣/٢٣٨-٢٣٩) برقم (٢٥٨٠)، وحسنه الترمذي، وصححه الألباني في إرواء الغليل (٣/١٦٤).

(٤) هو الصحابي الجليل عبد الله بن عمرو بن العاص بن وائل القرشي السهمي، كنيته: أبومحمد عند الأكثر، روى عن النبي ﷺ كثيرا، وعن أبي الدرداء ومعاذ وغيرهم، حدث عنه من الصحابة: أبو أمامة والمسور والسائب بن يزيد وغيرهم، توفي سنة ٦٥هـ وقيل غير ذلك.
انظر: سير أعلام النبلاء (٣/٨٠)، الإصابة (٤/١١١-١١٢).

(من قتل دون ماله فهو شهيد)[١].

٦- عن أبي هريرة[٢] رضي الله عنه قال: جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله، أرأيت إن جاء رجل يريد أخذ مالي؟ قال: **(فلا تعطه مالك)**، قال: أرأيت إن قاتلني؟ قال: **(قاتله)**، قال: أرأيت إن قتلني؟ قال: **(فأنت شهيد)**، قال: أرأيت إن قتلته؟ قال: **(هو في النار)**[٣].

وجه الدلالة: إن النبي ﷺ بيّن في هذه الأحاديث جواز قتل الصائل، وأنه إن قتل ففي النار، وأن المصول عليه إن قتل فهو شهيد، وهذا يعني أن دم الصائل هدر؛ لأن النبي ﷺ أباح دمه.

٧- عن يعلى بن أمية[٤] ﷺ قال: غزوت مع النبي ﷺ جيش العسرة، فكان

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب المظالم والغصب، باب من قاتل دون ماله (٢٠٢/٢) برقم (٢٤٨٠)، ومسلم في صحيحه: كتاب الإيمان، باب الدليل على أن من قصد أخذ مال غيره لغير حق كان القاصد مهدر الدم في حقه (١/١٢٥-١٢٦) برقم (١٤١).

(٢) هو الصحابي الجليل أبو هريرة عبد الرحمن بن صخر الدوسي اليماني، هو أكثر الصحابة رواية عن النبي ﷺ، وكان مقدمه وإسلامه في أول سنة سبع عام خيبر، حدث عنه خلق كثير منهم: أنس بن مالك وسعيد بن المسيب والأعرج، توفي سنة (٦٠هـ)، وقيل غير ذلك.
انظر: الطبقات الكبرى (٢/٢٧٦-٢٧٨)، معجم الصحابة (٢/١٩٤-١٩٥)، سير أعلام النبلاء (٢/٥٧٨-٦٣٢).

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه: كتاب الإيمان، باب الدليل على أن من قصد أخذ مال غيره بغير حق كان القاصد مهدر الدم في حقه (١/١٢٤) برقم (١٤٠).

(٤) هو الصحابي الجليل يعلى بن أمية بن أبي عبيدة بن همام بن الحارث التميمي الحنظلي، قيل: كنيته أبو خلف، وقيل: أبو خالد، وقيل: أبو صفوان، روى عن النبي ﷺ وعن عمر وعتبة بن أبي سفيان، وروى عنه: عطاء ومجاهد وغيرهما، استعمله أبو بكر وعمر وعثمان، قيل: مات سنة ٤٧هـ، وقيل غير ذلك.
انظر: تهذيب الكمال (٣٢/٣٧٨)، سير أعلام النبلاء (٣/١٠٠)، الإصابة (٦/٣٥٣).

من أوثق أعمالي في نفسي، فكان لي أجير، فقاتل إنسانا فعض أحدهما إصبع صاحبه، فانتزع إصبعه فأندر ثنيته فسقطت، فانطلق إلى النبي ﷺ فأهدر ثنيته، وقال: **(أفيدع إصبعه في فيك تقضمها؟)** - قال أحسبه قال: - **(كما يقضم الفحل)**[1].

٨- عن أبي هريرة ﷺ قال: قال أبو القاسم ﷺ: **(لو أن امرءا اطلع عليك بغير إذن فحذفته بحصاة ففقأت عينه لم يكن عليك جناح)**[2].

وجه الدلالة: إن النبي ﷺ أهدر عين وثنية الصائلين، والحديثان - وإن جاءا في حق الآدمي - فإنهما لا يدلان على تخصيص الحكم بالآدمي، بل إنه يشمل الحيوان الصائل.

٩- إنه إتلاف بدفع مباح فوجب أن يسقط فيه الضمان قياسا على قتل البالغ العاقل المكلف[3].

نوقش: بأن المعنى في المكلف أنه قد أباح قتل نفسه بالطلب، ولا يصح من غير المكلف إباحة نفسه بالطلب؛ لأنه لا حكم لقصده[4].

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب الإجارة، باب الأجير في الغزو (١٣١/٢) برقم (٢٢٦٥)، وكتاب الجهاد والسير، باب الأجير (٣٥١/٢-٣٥٢) برقم (٢٩٧٣)، وفي كتاب الديات، باب إذا عضّ رجلا فوقعت ثناياه (٢٧١/٤) برقم (٦٨٩٢)، ومسلم في صحيحه: كتاب القسامة، باب الصائل على نفس الإنسان أو عضوه (١٣٠٠/٣) برقم (١٦٧٣).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب الديات، باب من اطلع في بيت قوم ففقأوا عينه فلا دية له (٢٧٤/٤) برقم (٦٩٠٢)، ومسلم في صحيحه: كتاب الآداب، باب تحريم النظر في بيت غيره (١٦٩٩/٣) برقم (٢١٥٨).

(٣) انظر: رؤوس المسائل (ص٥٠٦)، الإشراف (٨٣٧/٢)، كتاب الحدود من الحاوي (١١٠٨/٢)، المغني (٥٣٠/١٢).

(٤) انظر: مختصر اختلاف العلماء (٢١١/٥)، كتاب الحدود من الحاوي (١١٠٨/٢).

وأجيب: بأن افتراقهما من هذا الوجه لما لم يمنع من استوائهما في إباحة القتل لم يمنع من استوائهما في سقوط الضمان[1].

١٠- إن البهيمة المملوكة الصائلة إذا قتلها المصول عليه فإنها لا تضمن قياسا على قتل الصيد إذا صال على محرم، فإنه لا يضمن الجزاء.

نوقش: بأن قتل الصيد في الإحرام مضمون في حق الله تعالى، فكان أخف حكما من المضمون في حقوق الآدميين.

وأجيب: بأنه لما لم يمنع هذا من استوائهما في وجوب الضمان إذا اضطر إلى إتلافهما لشدة جوعه، لم يمنع من استوائهما في سقوط الضمان إذا قتلهما للدفع عن نفسه[2].

١١- إن حرمة الآدمي أغلظ من حرمة البهيمة؛ لضمان نفسه بالكفارة والدية، وانفراد ضمان البهيمة بالقيمة. فلما سقط بالدفع ضمان الأغلظ كان أولى أن يسقط به ضمان الأخف[3].

١٢- إنه قتل مباح بسبب كان من المقتول، فوجب أن يكون هدرا كالقتل بالردة والزنا[4].

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني بأدلة من المنقول والمعقول، وهي كما يلي:

---

(١) انظر: كتاب الحدود من الحاوي (١١٠٨/٢).

(٢) انظر: كتاب الحدود من الحاوي (١١٠٩/٢).

(٣) انظر: المعونة (١٣٦٩/٣)، كتاب الحدود من الحاوي (١١٠٩/٢).

(٤) انظر: كتاب الحدود من الحاوي (١١٠٩/٢).

١- عن أبي هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: (العجماء[١] جرحها جبار[٢])[٣].

وجه الدلالة: دلّ الحديث أن البهيمة لو أتلفت شيئاً وليس معها صاحبها كان هدرا؛ لأن البهيمة لا قصد لها، فإذا بطل قصدها سقط حكم الصول فيها، فصار كالقاتل لها بغير صول، فوجب عليه الضمان[٤].

نوقش هذا الاستدلال من وجهين[٥]:

(أ) إنه ينتقض بصول الصيد على المحرم؛ لأنه يسقط به الجزاء، ولا يسقط عنه لو لم يَصُل.

(ب) إنه لما حلّ قتله بصول ولم يحل إذا لم يصل دلّ على سقوط الضمان بصوله ووجوبه إذا لم يصل.

---

(١) العجماء: البهيمة، سميت به لأنها لا تتكلم، وكل ما لا يقدر على الكلام فهو أعجم ومستعجم. انظر: النهاية في غريب الحديث (١٨٧/٣)، القاموس المحيط (ص١٤٦٦).

(٢) جبار: هدر وباطل، والجبار من الدم: الهدر الذي لا يضمن، ويطلق على البريء، فيقال: أنا منه جبار. انظر: النهاية في غريب الحديث (١/ ٢٦٣)، لسان العرب (١١٣/٤-١١٧).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب الديات، باب المعدن جبار والبئر جبار (٢٧٦/٤) برقم (٦٩١٢)، ومسلم في صحيحه: كتاب الحدود، باب جرح العجماء جبار والمعدن والبئر جبار (١٣٣٤/٣) برقم (١٧١٠).

(٤) انظر: رؤوس المسائل (ص٥٠٦)، إيثار الإنصاف (ص٨٠٣-٨٠٤)، كتاب الحدود من الحاوي (١١٠٧/٢).

(٥) انظر: كتاب الحدود من الحاوي (١١١٠/٢).

٢- إن النبي ﷺ قال: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه»[1].

وجه الدلالة: إن هذا الحيوان الصائل الذي قُتِل مالٌ مستهلَك على صاحبه بغير طيب نفس منه، فاقتضى أن يكون مضمونا على مستهلِكه[2].

نوقش هذا الاستدلال من وجهين:

(أ) إن هذا المال وإن استهلك على صاحبه بغير طيب نفس منه إلا أنه مأذون به شرعا، وفي الإذن بالقتال والضمان منافاة[3].

(ب) إننا نقلب هذا الدليل عليكم فنقول: تضمين المصول عليه دية الصائل أو قيمته هو مال لم تطب نفس المصول عليه به، فاقتضى أن لا يؤخذ منه[4].

٣- إنه أتلف مال غيره بغير إذنه لإحياء نفسه، فكان عليه ضمانه كالمضطر إلى طعام غيره إذا أكله[5].

نوقش: بأنه فارق المضطر. فإن الطعام لم يلجئه إلى إتلافه ولم يصدر منه ما يزيل عصمته، ولهذا لو قتل المحرم صيدا لصياله لم يضمنه، ولو قتله

---

(١) أخرجه أحمد في المسند (٥/٧٢)، وأبو يعلى في مسنده (٣/١٤٠)، والدارقطني في سننه (٣/٢٦)، والبيهقي في السنن الكبرى: كتاب الغصب، باب من غصب لوحا فأدخله في سفينة أو بنى عليه جدارا (٦/١٠٠)، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد (٤/١٧٢): «وأبو حرة وثقه أبو داود، وضعفه ابن معين»، واعتمد ابن حجر في التقريب (١/٢٥٠) الأول؛ فقال: ثقة، وقواه الألباني بشواهده كما في الإرواء (٥/٢٧٩).

(٢) انظر: إيثار الإنصاف (ص٨٠٣)، كتاب الحدود من الحاوي (٢/١١٠٦-١١٠٧).

(٣) انظر: مغني المحتاج (٤/١٩٥).

(٤) انظر: كتاب الحدود من الحاوي (٢/١١٠٨).

(٥) انظر: المرجع السابق (٢/١١٠٧)، المغني (١٢/٥٣٠).

لاضطراره إليه ضمنه، ولو قتل المكلف لصياله لم يضمنه، ولو قتله ليأكله في المخمصة وجب القصاص، وغير المكلف كالمكلف في هذا[1].

٤- إن غير المكلف لا يملك إباحة نفسه؛ ولذلك لو ارتدّ لم يقتل.

نوقش: بأن المكلف كذلك لا يملك إباحة دمه، ولو قال: (أبحت دمي) لم يبح، ولكنه إذا صال فقد أبيح دمه بفعله، فيجب أن يسقط ضمانه كالمكلف[2].

٥- إن المصول عليه أتلف مال غيره بغير إذن مالكه، فيكون مضمونا عليه كما لو أتلفه قبل الصول[3].

نوقش: بأن هناك فرقا كبيرا بين الحيوان قبل صوله وبعده: فالحيوان قبل الصول معصوم الدم بخلاف الحيوان بعد الصول، فإنه مباح الدم. فلما اختلفا في إباحة الدم اختلفا أيضا في سقوط الضمان.

دليل القول الثالث:

إن فعل الدابة غير معتبر أصلا حتى لو تحقق الفعل فإنه لا يوجب الضمان؛ لقول النبي ﷺ: (العجماء جرحها جبار)[4]، أما فعل الصبي والمجنون فإنه معتبر في الجملة بحيث لو حققا الفعل فإنه يجب عليهما الضمان.

وكذلك عصمة الصبي والمجنون لحقّ أنفسهما لا لحق الغير، وعصمة الدابة لحقّ مالكها، فكان فعل الصبي والمجنون مسقطا للعصمة لأن المصول عليه في

---

(١) انظر: كتاب الحدود من الحاوي (٢/١١٠٩-١١١٠)، المغني (١٢/٥٣٠-٥٣١).

(٢) انظر: المغني (١٢/٥٣٠-٥٣١).

(٣) انظر: رؤوس المسائل (ص٥٠٦).

(٤) سبق تخريجه صفحة ١١٤.

حالة دفاع، وأما فعل الدابة فغير مسقط للعصمة لأن المصول عليه في حالة ضرورة ملجئة.

نوقش: بأن هذا تفريق بغير دليل.

وقد سبق الرد عليه في الدليل الأول والأخير من أدلة القول الثاني.

القول المختار:

بعد عرض أقوال أهل العلم في هذه المسألة بأدلتها والاعتراضات الواردة عليها، يظهر لي - والعلم عند الله تعالى - اختيار القول الأول، وهو أنه لا يجب على المصول عليه ضمان الصائل غير المكلف؛ وذلك للأسباب التالية:

١- قوة أدلة القول الأول، وسلامتها من الاعتراضات.

٢- ضعف أدلة القولين الآخرين.

المسألة الثانية: إذا صال صائل على إنسان فقتله شخص آخر غير المصول عليه، فهل يضمن هذا الشخص ذلك الصائل؟:

القول الأول: لا يلزمه الضمان، وهو مذهب المالكية(١) والشافعية(٢) وقول لبعض الحنابلة(٣)، وهو قول الظاهرية(٤).

القول الثاني: يجب عليه الضمان، وهو مذهب الحنابلة(٥).

---

(١) انظر: الفروق (٤/ ١٨٣)، منح الجليل (٩/ ٣٦٨).

(٢) انظر: روضة الطالبين (١٠/ ١٨٦)، فتح الباري (١٢/ ٣٣٩)، مغني المحتاج (٤/ ١٩٤-١٩٦).

(٣) انظر: تقرير القواعد (١/ ٢٠٩-٢١٠)، الإنصاف (١٥/ ٣٤٣).

(٤) انظر: المحلى (٦/ ٤٤٤).

(٥) انظر: تقرير القواعد (١/ ٢١٠)، الإنصاف (١٥/ ٣٤٣).

القول الثالث: لا يلزمه الضمان إذا كان الصائل مكلفا، ويجب الضمان إذا كان الصائل غير مكلف، وهو مذهب الحنفية[١].

القول الرابع: إنه إن قتله دفعا عن ولده ونسائه لم يضمن، وإن قتله دفعا عن غير ولده ونسائه ضمن، وهو قول لبعض الحنابلة[٢].

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بالكتاب والسنة، وذلك كما يأتي:

١- قال تعالى: ﴿مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ﴾[٣].

وجه الدلالة: أن من قتل الصائل دفاعا عن نفس أخيه أو ماله أو عرضه فقد عمل عملاً مأموراً به، وهو نصرة المظلوم، ومن فعل ما أمر به فهو محسن في ذلك، فوجب أن لا يكون عليه سبيل في غرم[٤].

٢- عن أنس بن مالك ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: **(انصر أخاك ظالما أو مظلوماً)**، قالوا: يا رسول الله، هذا ننصره مظلوما فكيف ننصره ظالما، قال: **(تأخذ فوق يديه)**، وفي لفظ قال: **(تحجزه أو تمنعه من الظلم، فإن ذلك نصره)**[٥].

(١) انظر: تبيين الحقائق (١١٠/٦)، حاشية رد المحتار (٥٤٥/٦-٥٤٦).

(٢) انظر: الإقناع (٦٠٢/٢).

(٣) سورة التوبة، الآية [٩١].

(٤) انظر: المحلى (٤٤٤/٦).

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب المظالم والغصب، باب أعن أخاك ظالما أو مظلوما (١٩٠/٢) برقم (٢٤٤٤)، وفي كتاب الإكراه، باب يمين الرجل لصاحبه (٢٨٧/٤) برقم (٦٩٥٢).

٣- عن سهل بن حنيف[١] ﷺ عن النبي ﷺ أنه قال: (من أذلّ عنده مؤمن فلم ينصره وهو قادر على أن ينصره أذله الله عزّ وجلّ على رؤوس الخلائق يوم القيامة)[٢].

٤- عن أبي سعيد الخدري[٣] ﷺ قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: (من رأى منكم منكرا فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه، فإن لم يستطع فبقلبه، وذلك أضعف الإيمان)[٤].

وجه الدلالة: من هذه الأحاديث الثلاثة: أن النبي ﷺ أمر بنصرة المظلوم، ولو أدى ذلك إلى قتل الظالم، كما أمر بإنكار المنكر على المستطيع باليد، وهذا

---

(١) هو الصحابي الجليل سهل بن حنيف بن واهب بن العكيم الأنصاري الأوسي العوفي، قيل: كنيته أبو ثابت، وقيل غير ذلك، شهد بدراً، وثبت يوم أحد، وشهد غيرهما من المشاهد، روى عن النبي ﷺ وعن زيد بن ثابت، وروى عنه: ابناه أبو أمامة وعبد الله وابن أبي ليلى وغيرهم، مات بالكوفة سنة ٣٨هـ.
انظر: سير أعلام النبلاء (٣٢٥/٢)، الإصابة (١٣٩/٣).

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (٤٨٧/٣)، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد (٢٦٧/٧): «وفيه ابن لهيعة؛ وهو حسن الحديث وفيه ضعف، وبقية رجاله ثقات».

(٣) هو الصحابي الجليل سعد بن مالك بن سنان بن ثعلبة، أبو سعيد الخدري الأنصاري الخزرجي، روى عن النبي ﷺ وأبي بكر وعمر وغيرهم، وحدث عنه ابن عمر وجابر وأنس وآخرون، كان من فقهاء الصحابة ومن المجاهدين، شهد الخندق وبيعة الرضوان، مات سنة ٧٤هـ وقيل غير ذلك.
انظر: سير أعلام النبلاء (١٦٨/٣)، والإصابة (٨٥/٣).

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه: كتاب الإيمان، باب بيان كون النهي عن المنكر من الإيمان، وأن الإيمان يزيد وينقص، وأن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر واجبان (٦٩/١) برقم (٤٩).

يقتضي عدم الضمان على المنكر وعلى من نصر المظلوم ؛ وذلك لوجود المنافاة بين الأمر بنصرة المظلوم ودفع الظالم وإنكار المنكر مع وجوب الضمان[١].

دليل القول الثاني:

لم أجد - حسب بحثي - من ذكر لهم دليلا ، إلا أنه يمكن أن يستدل لهم بالقياس على المسألة الأولى، وذلك فيما لو كان الصائل غير مكلف كالصبي والمجنون والدابة ؛ فقتله المصول عليه فإنه يجب عليه الضمان عند الحنفية سوى أبي يوسف ، وهو قول مخرج للحنابلة.

ويمكن مناقشته : بأنه قد تبين ضعف هذا القول وأدلته كما في المسألة الأولى.

دليل القول الثالث:

لم أجد - حسب ما وقفت عليه - دليلا لهم على هذا التفريق.

دليل القول الرابع:

لم أجد - حسب ما وقفت عليه - من ذكر لهم دليلا.

القول المختار:

القول المختار في هذه المسألة - والعلم عند الله تعالى - هو القول الأول ، وهو أنه لا يجب عليه الضمان ؛ لصحة أدلته وسلامتها من الاعتراضات ؛ ولعدم وجود أدلة للأقوال الأخرى.

وبعد الانتهاء من دراسة هاتين المسألتين يتبين لنا أن الشق الأول من القاعدة صحيح بخلاف الشق الثاني منها ، فإنه غير صحيح. والله تعالى أعلم.

---

(١) انظر: مغني المحتاج (١٩٥/٤)، نهاية المحتاج (٢٤/٨).

المطلب الخامس
في نقد القاعدة

انتقد الشيخ محمد العثيمين(١) - رحمه الله - هذه القاعدة بقوله: «وهذه القاعدة في معظم فروعها خلاف، وهي مع هذا فيها نظر؛ لأن قوله: (من أتلف نفسا لنفع يعود إلى نفسه فلا ضمان عليه) غير صحيح لو أخذناه بظاهره، وقد مضى في القاعدة السابقة أنه من جاع فأتلف نفسا ضمنها، وهذا يتنافى مع إطلاقها، فلو قيدت (من أتلف نفسا يجوز إتلافها) صار قوله (لنفع يعود إلى نفسه أو إلى غيره) لا محلّ له. ومثاله في الصائل إذا صال على نفسه فإنه لا يضمنه، فإن صال على غيره ضمنه على ما في كلام المؤلف، والقول بضمانه فيه نظر؛ لقول الرسول ﷺ: (انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً)، قالوا: يا رسول الله، هذا ننصره مظلوما فكيف ننصره ظالما؟ قال: تأخذ فوق يده(٢)»(٣).

وبعد إمعان النظر في كلام الشيخ وجدته يحتوي على نقدين:

---

(١) هو العلامة المحقق محمد بن صالح بن محمد بن عثيمين المقبل، أبو عبد الله، الوهيبي التميمي، ولد في مدينة عنيزة عام ١٣٤٧هـ، من شيوخه رحمه الله: عبد الرحمن بن ناصر السعدي، عبد العزيز بن عبد الله بن باز، ومحمد الأمين بن محمد المختار الشنقيطي وغيرهم، كان - رحمه الله - من العلماء العاملين والزهاد الورعين، باذلا لنفسه حريصا على التعليم، وله مؤلفات عدة منها: فتح رب البرية بتلخيص الحموية، الأصول من علم الأصول، الشرح الممتع على زاد المستقنع، وغيرها، توفي - رحمه الله - يوم الأربعاء ١٥/١٠/١٤٢١هـ.
انظر: مجلة الحكمة (١٩/٢)، ابن عثيمين الإمام الزاهد.

(٢) سبق تخريجه صفحة ١١٨.

(٣) تقرير القواعد (٢١١/١) في الحاشية.

أحدهما: نقد لصياغة العلامة ابن رجب في شقها الأول.

والثاني: نقد لترجيح العلامة ابن رجب في فرع من فروع القاعدة، ويترتب عليه نقد الشق الثاني للقاعدة.

فأما النقد الأول فإنه ينصب على صياغة ابن رجب في قوله (لنفع يعود إلى نفسه) حيث يرى الشيخ أنها عبارة غير صحيحة لو أخذناها على ظاهرها؛ لأن العبارة مطلقة مما يترتب على ذلك مخالفة فروع كثيرة للقاعدة كما في المثال الذي ذكره الشيخ العثيمين وهو «أنه من جاع فأتلف نفسا ضمنها»، وهو مذهب جمهور الفقهاء[1]؛ لقول النبي ﷺ: **(لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه)**[2].

وهذا نقد وجيه وصحيح؛ ولذلك نجد أن الشيخ عبد الرحمن السعدي أحسن حينما لجأ إلى تغيير صياغة القاعدة بقوله: «من أتلف شيئاً لينتفع به ضمنه، ومن أتلفه دفعا لمضرته فلا ضمان عليه»[3].

فإن الشق الأول من صياغة السعدي للقاعدة – وهو قوله: (من أتلف شيئاً لينتفع به ضمنه) - يندرج تحته الفرع الفقهي الذي ذكر الشيخ العثيمين أنه مخالف لصياغة ابن رجب للقاعدة، وهو «أنه من جاع فأتلف نفسا ضمنها»، وأما الشق الثاني من صياغة السعدي للقاعدة – وهو قوله: «ومن أتلفه دفعا

---

(١) من الحنفية والشافعية والحنابلة، وهو الأظهر والأشهر عند المالكية.

انظر: حاشية رد المحتار (٦/٣٣٨)، المنتقى (٣/١٤٠)، الفروق (١/١٩٦، ٤/١٠)، مغني المحتاج (٤/٣٠٨)، المغني (١٢/٥٣٠-٥٣١)، تقرير القواعد (١/٢٠٦).

(٢) سبق تخريجه صفحة ١١٥.

(٣) القواعد والأصول الجامعة (ص٦٩).

لمضرته فلا ضمان عليه» – فإنه يشمل الإتلاف لمصلحة نفس المُتلِف أو غيره، وهو الذي يتوافق مع ما تقدم ترجيحه في المسألتين السابقتين في المطلب الرابع.

وأما النقد الثاني للشيخ العثيمين فإنه متوجه للمثال الذي ذكره العلامة ابن رجب تفريعا على القاعدة، وهو أنه لو دفع صائلا عن غيره ضمنه.

وهذه المسألة قد تقدمت دراستها وذكر أقوال الفقهاء وأدلتهم فيها، واتضح لي من خلال دراستها ترجيح القول القائل بعدم وجوب الضمان.

وبهذا يتبين صحة انتقاد الشيخ العثيمين لهذا الفرع الذي يترتب عليه ضعف الشطر الثاني من صياغة ابن رجب للقاعدة.

ولهذا فإني أختار صياغة الشيخ السعدي للقاعدة؛ لأن قوله: «من أتلفه دفعا لمضرته فلا ضمان عليه» يشمل الإتلاف دفعا عن نفسه أو غيره. والله تعالى الموفق للصواب.

المطلب السادس

في شروط دفع الصائل

تبين لنا من خلال دراسة القاعدة أنها تتعلق بمسائل الصيال بصفة أولية؛ لذا كان من المناسب جدا أن أشير إلى ما ذكره الفقهاء من شروط يجب توفرها حتى يعتبر المصول عليه في حالة دفاع، وهي على النحو الآتي:

الشرط الأول: أن يكون الفعل الواقع على المصول عليه اعتداء، فإن لم يكن اعتداء فلا يجوز دفعه كالأب إذا ضرب ولده أو زوجته للتأديب، ومستوفي القصاص حين يقتل القاتل أو يقطع يده قصاصا، فإن هؤلاء لا يعتبر فعلهم اعتداء، وإنما هو استعمال لحق أو أداء لواجب.

ولا يشترط أن يقع الاعتداء فعلاً. فمن حق المصول عليه أن يبادر الصائل بالمنع ما دامت حالته تدل على أنه سيعتدي(١).

الشرط الثاني: أن يكون الاعتداء من الصائل حالا ، فإن لم يكن حالا فعمل المصول عليه اعتداء وليس دفاعا ؛ لأن الدفاع لا يوجد إلا إذا تحقق الاعتداء في الفعل أو الظن، ومن ثم فإن الاعتداء المؤجل والتهديد بالاعتداء ليسا بمحل للدفاع(٢).

الشرط الثالث: أن لا يكون للمصول عليه مفر من مواجهة الصائل، فإن استطاع أن يتخلص منه بالاستعانة بالناس أو الاستغاثة فليس له الدفاع حينئذ(٣).

الشرط الرابع: أن يكون الدفاع بالقدر اللازم وبأيسر ما يندفع به، فإذا اندفع الصائل بالضرب فلا يجوز جرحه، وإذا اندفع بجرحه أو شل حركته فلا يجوز قتله(٤).

---

(١) واشترط البعض أن يكون الاعتداء جريمة. وهذا فيه نظر ؛ إذ لو اعتبرناه شرطا لما جاز دفع الصائل غير المكلف كالصبي والمجنون والحيوان، وهذا لم يقل به أحد من الفقهاء، وإنما اختلف الحنفية مع الجمهور في ضمان الصبي والمجنون والحيوان.

انظر: بدائع الصنائع (٧/٩٢)، الأم (٦/١٧٧)، التشريع الجنائي (١/٤٧٩-٤٨١)، نظرية الضرورة لابن مبارك (ص١١٣).

(٢) انظر: الأم (٦/١٧٧)، التشريع الجنائي (١/٤٨٢).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٧/٩٣)، الذخيرة (١٢/٢٦٢-٢٦٣) الأم (٦/١٧٧)، المقنع مع الشرح الكبير (٢٧/٣٦)، التشريع الجنائي (١/٤٨٢-٤٨٣)، نظرية الضرورة لابن مبارك (ص١١٣).

(٤) انظر: المراجع السابقة، ومواهب الجليل (٦/٣٢٢-٣٢٣)، كتاب الحدود من الحاوي (٢/١١١٤-١١١٦)، المغني (١٢/٥٣١-٥٣٢).

الشرط الخامس: أن يكون الصائل قادرا على ما يريده من الاعتداء، فأما إن كان عاجزا عنه فليس للمصول عليه أن يدفعه؛ لأنه لا تأثير لهذا الفعل[1].

الشرط السادس: أن يقيم الدافع بينة على أنه صال عليه، فإن لم يقم بينة فإنه يضمن[2][3].

المطلب السابع
من فروع القاعدة

ذكر الفقهاء فروعا كثيرة تندرج تحت هذه القاعدة، منها ما يلي:

١- إذا قتل رجل آخر، وادّعى أنه وجده مع امرأته أو أنه قتله دفعا عن نفسه أو أنه دخل منزله يكابره على ماله، فلم يقدر على دفعه إلا بقتله فإنه لا يلزمه الضمان إذا أقام البينة على دعواه[4].

٢- إذا صالت عليه بهيمة غيره فدفعها عن نفسه فأتلفها لم يضمنها، وإن اضطر إلى طعام فاضطر إلى ذبحها ضمنها؛ لأنه لنفع نفسه[5].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (٩٣/٧)، كتاب الحدود من الحاوي (١١١١/٢).

(٢) انظر: الأم (١٧٧/٦)، منح الجليل (٣٦٨/٩)، المغني (٤٦١/١١).

(٣) واشترط بعض الحنابلة أن يكون الدفع لمصلحة تعود إلى نفس المصول عليه. وهذا فيه نظر، وقد تقدم الرد عليه كما في المسألة الثانية من المطلب الرابع صفحة ١١٧-١٢٠.

(٤) انظر: الدر المختار مع حاشية رد المحتار (٥٤٥/٦-٥٤٦)، كتاب الحدود من الحاوي (١١٠٣/٢-١١٠٥)، المغني (٤٦١/١١).

(٥) القواعد والأصول الجامعة (ص٦٩). وانظر: تقرير القواعد (٢٠٦/١)، الإنصاف مع المقنع (٣٢٢/٨-٣٢٣).

٣- من كان محرما بحج أو عمرة فنزل الشعر في عينه فقلعه فلا ضمان؛ لأنه كالصائل عليه، وإن احتاج إلى أخذ شعره لقروح في رأسه أو لحكة أو نحو ذلك فعليه فدية أذى[١].

٤- إذا دفع صائلا عن نفس غيره أو عرضه أو ماله فإنه لا يضمن[٢].

٥- لو أكره على الحلف بيمين لحق نفسه فحلف دفعا للظلم عنه لم تنعقد يمينه، وكذلك لو أكره على الحلف لدفع الظلم عن غيره[٣].

٦- لو حالت بهيمة بينه وبين ماله أو طعامه ولم يصل إليه إلا بقتلها فالصحيح أنه لا يضمنها[٤].

٧- إذا انفرش الجراد في طريق المحرم بحيث إنه لا يقدر على المرور إلا بقتله فإنه لا يضمنه[٥].

٨- إذا أتلف المحرم بيض الطير لحاجة كالمشي عليه فإنه لا يضمنه[٦].

٩- إذا تدحرج إناء من علو على رأس إنسان فكسره دفعا عن نفسه بشيء تلقاه به فهل يضمنه؟ على وجهين[٧].

---

(١) ا القواعد والأصول الجامعة (ص٦٩). وانظر: تقرير القواعد (١/ ٢٠٧).

(٢) انظر: تقرير القواعد (١/ ٢١٠).

(٣) انظر: المرجع السابق (١/ ٢١٠-٢١١).

(٤) انظر: الوجيز (٢/ ١٨٥)، روضة الطالبين (١٠/ ١٨٦)، القواعد والفوائد الأصولية (ص٨٠)، الإنصاف (١٥/ ٣٤٤، ٢٧/ ٤٧).

(٥) انظر: روضة الطالبين (٣/ ١٥٤-١٥٥، ١٠/ ١٨٦)، الإنصاف (٨/ ٣١٩-٣٢٢، ١٥/ ٣٤٤).

(٦) انظر: المرجعين السابقين.

(٧) انظر: إيثار الإنصاف (ص٨٠٣)، الوجيز (٢/ ١٨٥)، روضة الطالبين (١٠/ ١٨٦)، القواعد والفوائد الأصولية (ص٨٠)، الإنصاف (٢٧/ ٤٧).

١٠- إذا اضطر إنسان إلى طعام غيره وصاحبه مستغن عنه، فامتنع صاحب الطعام أن يعطيه، فضربه المضطر لأجل الطعام حتى مات فإنه لا يضمنه، وأما إذا قتل صاحبُ الطعام المضطرَّ دفاعا عن طعامه فإن عليه القود؛ لأن صاحب الطعام ليس في حالة دفاع، فالمضطر طالب لحقه وليس بمعتد[١].

١١- إذا عض رجل يد آخر، فله جذبها من فيه، فإن جذبها فوقعت ثنايا العاض فلا ضمان عليه؛ لما جاء في حديث يعلى بن أمية رضي الله عنه قال: غزوت مع النبي ﷺ جيش العسرة فكان من أوثق أعمالي في نفسي، فكان لي أجير فقاتل إنسانا فعضّ أحدهما إصبع صاحبه فانتزع إصبعه فأندر ثنيته فسقطت، فانطلق إلى النبي ﷺ فأهدر ثنيته، وقال: **(أفيدع إصبعه في فيك تقضمها؟)** - قال: أحسبه قال: - **(كما يقضم الفحل)**[٢][٣].

١٢- لو اطلع رجل في بيت إنسان من ثقب أو شَقٍّ باب أو نحوه، فرماه صاحب البيت بحصاة أو طعنه بعود فقلعه عينه لم يضمنها؛ لحديث أبي هريرة قال: قال أبو القاسم ﷺ: **«لو أن امرأ اطلع عليك بغير إذن فحذفته بحصاة ففقأت عينه لم يكن عليك جناح»**[٤][٥].

---

(١) انظر: المنتقى (٣/١٤٠)، مغني المحتاج (٤/١٩٥)، القواعد والفوائد الأصولية (ص٨١)، المغني (١٣/٣٣٩-٣٤٠) الإنصاف (٢٧/٤٧).

(٢) سبق تخريجه صفحة ١١٢.

(٣) انظر: الذخيرة (١٢/٢٦٣) كتاب الحدود من الحاوي (٢/١١١٩)، فتح الباري (١٢/٢٢٦-٢٣٢) المغني (١٢/٥٣٧).

(٤) تقدم تخريجه صفحة ١١٢.

(٥) انظر: حاشية رد المحتار (٦/٥٥٠)، مواهب الجليل (٦/٣٢٢-٣٢٣)، كتاب الحدود من الحاوي (٢/١١٣٢)، المغني (١٢/٥٣٩).

المبحث الثاني

قاعدة: لا يجب الضمان بإتلاف ملكه إلا إذا تعلق به حق لغيره

هذه القاعدة من القواعد الفقهية المتعلقة بالإتلاف الذي هو أحد أسباب الضمان. وإليك دراستها في المطالب التالية:

المطلب الأول

في صيغ القاعدة

هذه القاعدة من القواعد التي ذكرها بدر الدين الزركشي بالصياغة المذكورة آنفا، وهي: «لا يجب الضمان بإتلاف ملكه إلا إذا تعلق به حق لغيره»[١].

وقد جاء في تعليلات الفقهاء ما يشير إلى القاعدة ويشهد لها بالاعتبار، ومن ذلك ما ذكره أبو الحسن المرغيناني[٢] حيث صاغها - في معرض التعليل - بقوله: «الإنسان لا يضمن ملكه»[٣].

ومما يشهد للقاعدة أيضا ما ذكره أبو بكر السرخسي[٤] في معرض التعليل:

---

(١) المنثور (٣/٣٦٠).

(٢) هو العلامة الفقيه أبو الحسن برهان الدين علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني الحنفي، قرأ على أبي حفص النسفي وصاعد بن أسعد وغيرهما، ومن تلاميذه: ابنه عماد الدين ومحمد الكردي، وله مؤلفات منها: الهداية وكفاية المنتهي، توفي سنة ٥٩٣هـ.
انظر: الجواهر المضية (٢/٦٢٧-٦٢٩)، تاج التراجم (ص٢٠٦)، الفوائد البهية (ص١٤٢).

(٣) الهداية مع فتح القدير (٨/٢٨١).

(٤) هو العلامة الأصولي أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي الحنفي، درس على أبي محمد الحلواني، وقرأ عليه: أبو بكر الحصيري وعثمان البيكندي وغيرهما، ألف المبسوط وشرح السير الكبير، مات في حدود ٤٩٠هـ.
انظر: الجواهر المضية (٣/٧٨-٨٢)، تاج التراجم (ص٢٣٤-٢٣٥).

«المتصرف في ملكه لا يكون متعديا، ولا يلزمه الضمان»[١].

وهي قريبة من صيغة أبي الحسن المرغيناني.

ويلاحظ عليهما أنهما لم ينصّا إلا على الشطر الأول من صيغة الزركشي.

وقد ذكر ابن غانم البغدادي[٢] ضابطاً فقهيّاً يندرج تحت القاعدة، وهو: «جناية الراهن على الرهن مضمونة»[٣].

المطلب الثاني

في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية الواردة في القاعدة

لا يجب: من الواجب، وهو لغة: الثابت واللازم والمُسْتَحَقّ والساقط[٤].

واصطلاحا: ما طلب الشرع فعله طلبا جازما[٥].

ملكه: الملك لغة: احتواء الشيء والقدرة على الاستبداد به[٦].

واصطلاحاً: علاقة شرعية بين الإنسان والشيء المملوك تخول صاحبها الانتفاع والتصرف وحده ابتداء إلا لمانع[٧].

---

(١) المبسوط (٧/١٠٥). وانظر: مرشد الحيران (ص١١) مادة (٥٨).

(٢) هو القاضي غياث الدين أبو محمد بن غانم بن محمد البغدادي الحنفي، له مؤلفات منها: مجمع الضمانات وترجيح البينات، توفي في حدود ١٠٣٠هـ.

انظر: كشف الظنون (١/٦٦٨)، هدية العارفين (٥/٨١٢)، مقدمة كتاب الضمانات (١/٩-١٤).

(٣) مجمع الضمانات (١/٢٠٢).

(٤) انظر: معجم مقاييس اللغة (٦/٨٩-٩٠)، لسان العرب (١/٧٩٣).

(٥) تقريب الوصول (ص٢١١)، وانظر: روضة الناظر (١/١٥٠).

(٦) انظر: لسان العرب (١٠/٤٩٢)، القاموس المحيط (ص١٢٣٢).

(٧) قيود الملكية (ص٣٩)، وانظر: الفروق (٣/٢٠٨-٢٠٩)، القواعد النوارنية (ص٢٤٠).

تعلق: من التَّعَلُّق، وهو ربط شيء بشيء آخر[١].

حق: الحق لغة: ضد الباطل، ويطلق على الثبوت والوجوب والنصيب المحدّد والعدل[٢].

واصطلاحاً: اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفا[٣].

هذا، ومن خلال نص القاعدة يتبين لنا أن الملك أو المال ينقسم بالنظر إلى تعلق حق الغير به إلى قسمين:

القسم الأول: الملك أو المال الذي خلص لمالكه ولم يتعلق به حق لغيره، فهذا يحوز لمالكه أن يتصرف فيه بجميع أنواع التصرف، حتى لو أتلفه لم يجب عليه ضمانه.

القسم الثاني: الملك أو المال الذي لم يخلص لمالكه، بل تعلق به حق لغيره، فهذا لا يجوز لمالكه أن يتصرف فيه بما يخل بحقوق غيره، وهو نوعان:

النوع الأول: أن يكون الحق الذي تعلق به لله عزّ وجلّ، كالزكاة والصيد في حق المحرم وكفارة العبد الذي قتله سيده وغيرها.

النوع الثاني: أن يكون الحق الذي تعلق به لآدمي، كالرهن والعبد الجاني والأمة المزوجة من غير سيدها والأضحية المعينة والنذر المعين والعين المملوكة المؤجرة ومال المفلس وغيرها[٤].

---

(١) انظر: معجم مقاييس اللغة (٤/١٢٥)، مختار الصحاح (ص٤٥٠).

(٢) انظر: لسان العرب (١٠/٤٩-٥٦)، المصباح المنير (ص٥٥-٥٦).

(٣) المدخل إلى نظرية الالتزام (ص١٩)، وانظر: الأهلية ونظرية الحق (ص٨٤).

(٤) انظر: المنثور (٢/٣٤٣، ٣/٣٦٠)، تقرير القواعد (٣/٤٩).

المطلب الثالث

في المعنى الإجمالي للقاعدة

الأصل أن الإنسان إذا أتلف شيئاً يملكه أنه لا يضمنه لا بمثل ولا بقيمة، بخلاف ما إذا تعلق بملكه حق لغيره، سواء كان هذا الحق متعلقا بالله - جلّ وعلا - أم بآدمي، فإنه يجب عليه الضمان(١).

المطلب الرابع

في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة

يمكن بيان ذلك في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: حكم إتلاف المرء ماله:

حرمت الشريعة الإسلامية إتلاف المرء ماله من غير مصلحة دينية أو دنيوية(٢)، قال تعالى: ﴿ وَءَاتِ ذَا ٱلْقُرْبَىٰ حَقَّهُۥ وَٱلْمِسْكِينَ وَٱبْنَ ٱلسَّبِيلِ وَلَا تُبَذِّرْ تَبْذِيرًا ۝ إِنَّ ٱلْمُبَذِّرِينَ كَانُوٓا۟ إِخْوَٰنَ ٱلشَّيَـٰطِينِ ۖ وَكَانَ ٱلشَّيْطَـٰنُ لِرَبِّهِۦ كَفُورًا ﴾(٣)، وقال جل وعزّ: ﴿ يَـٰبَنِىٓ ءَادَمَ خُذُوا۟ زِينَتَكُمْ عِندَ كُلِّ مَسْجِدٍ وَكُلُوا۟ وَٱشْرَبُوا۟ وَلَا تُسْرِفُوٓا۟ ۚ إِنَّهُۥ لَا يُحِبُّ ٱلْمُسْرِفِينَ ﴾(٤)، وقال سبحانه في ذكر صفات عباده المؤمنين: ﴿ وَٱلَّذِينَ إِذَآ أَنفَقُوا۟ لَمْ يُسْرِفُوا۟ وَلَمْ يَقْتُرُوا۟ وَكَانَ بَيْنَ ذَٰلِكَ قَوَامًا ﴾(٥).

---

(١) انظر: المراجع السابقة.

(٢) انظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (١١/٥٥٥-٥٥٦، ٢١/١٩٨)، الاختيارات الفقهية (ص٧٨)، فتح الباري (١٠/٤٢٢-٤٢٣).

(٣) سورة الإسراء، الآيتان [٢٦-٢٧].

(٤) سورة الأعراف، الآية [٣١].

(٥) سورة الفرقان، الآية [٦٧].

ونهى النبي ﷺ عن إضاعة المال[١].

فهذه نصوص صريحة تدل على تحريم الإسراف والتبذير وإضاعة المال، ومن ذلك إتلاف المرء ماله بغير منفعة دينية أو دنيوية.

الفرع الثاني: في ضمان الإنسان ما أتلف من ماله:

لم أجد - حسب ما وقفت عليه - من استوفى الكلام على القاعدة بذكر أقوال الفقهاء فيها وأدلتهم، إلا أنه من خلال تتبعي لبعض فروع القاعدة تبين لي أن فقهاء المذاهب الأربعة - الحنفية[٢] والمالكية[٣] والشافعية[٤] والحنابلة[٥] - اتفقوا على قبولها والعمل بها، واستدلوا على ذلك بأدلة يمكن تقسيمها إلى قسمين:

القسم الأول: أدلة الشطر الأول من القاعدة، وهو أنه لا يجب الضمان بإتلاف ملكه إذا لم يتعلق به حق لغيره:

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب الرقاق، باب ما يكره من قيل وقال (٤/١٨٦) برقم (٦٤٧٣)، وفي كتاب الاعتصام بالسنة، باب ما يكره من كثرة السؤال (٤/٣٦٢) برقم (٧٢٩٢)، ومسلم في صحيحه: كتاب الأقضية، باب النهي عن كثرة المسائل من غير حاجة (٣/١٣٤١) برقم (٥٩٣) من حديث المغيرة بن شعبة رضي الله عنه.

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٦/١٦٣)، الهداية مع البناية (٤/٣٥٠-٣٥٣)، الدر المختار مع حاشية رد المحتار (٦/٥١٦).

(٣) انظر: الكافي لابن عبد البر (ص١٥٥)، حاشية الدسوقي (٣/٢٤٢)، شرح الزرقاني على خليل (٥/٢٤٤)، منح الجليل (٥/٤٤٦).

(٤) انظر: المهذب مع المجموع (١٢/٣٧٢)، روضة الطالبين (٣/١٦٣)، المنثور (٣/٣٦٠)، مغني المحتاج (٤/٩٣).

(٥) انظر: المغني (٥/٤٢٢-٤٢٣)، تقرير القواعد (٣/٤٩)، الإنصاف (٨/٢٩٨-٣٠١)، الإقناع (٢/٣٢١-٣٢٢)، كشاف القناع (٣/٣٣٥، ٣٣٦).

١- لأن الضمان لا يستحقه إلا المالك، ولا يكون الإنسان مدينا لنفسه؛ لأنه لا يطالب نفسه[١].

٢- «لأنه لا فائدة من هذا الضمان؛ إذ إنه إن ضمن يضمن لنفسه، فكأنّ يده اليمنى تعطي يده اليسرى، وذلك لا معنى له؛ لأنه لا يقع في هذه الحال غرم ولا غارم.

وليس معنى ذلك أنه يُعفى من كل تبعة لإتلافه، بل إنه مسئول دينا عما أضاع، وقد يستحق التعزير على عمله، وقد يؤدي عمله إلى إثبات سفهه أو نقصان عقله، فيمنع من التصرف في ماله، ويتولاه عنه غيره»[٢].

القسم الثاني: أدلة الشطر الثاني من القاعدة، وهو أنه يجب على الإنسان الضمان إذا أتلف ملكه الذي تعلق به حق لغيره:

١- قال النبي عليه الصلاة والسلام: (لا ضرر ولا ضرار)[٣].

وجه الدلالة: أن في إتلاف ملكه الذي تعلق به حق لغيره إضراراً بصاحب هذا الحق، وقد نهينا عن الإضرار بالآخرين.

٢- لأن المُتْلَف وإن كان مملوكا له إلا أنه قد فوت حقا قويا محترما لغيره لا ينفرد بإسقاطه، فيكون كالأجنبي في حق وجوب الضمان[٤].

---

(١) أحكام المعاملات الشرعية (ص٤٥-٤٦).

(٢) الملكية لأبي زهرة (ص٦٨).

(٣) تقدم تخريجه صفحة ٨٤.

(٤) انظر: بدائع الصنائع (٦/١٦٣)، الهداية مع فتح القدير (٩/١١٤)، حاشية رد المحتار (٦/٥١٦).

المطلب الخامس

من فروع القاعدة

يندرج تحت القاعدة فروع كثيرة منها ما يلي:

١- إذا جنى الراهن على العين المرهونة فأتلفها، فإنه يجب على الراهن ضمانها، ويكون الضمان رهنا بدلها[١].

٢- إذا ملك الصيد في الحل ودخل به في الحرم، ولم يرسله حتى أتلفه، فإنه يضمنه[٢].

٣- من أراد أن يضحّي فعيّن شاة ثم أتلفها، فإنه يلزمه ضمانها[٣].

٤- إذا أتلف الإنسان دابته أو متاعه أو طعامه، فإنه لا يضمنه وإن كان قد يأثم بذلك[٤].

٥- إذا قتل السيد عبده الجاني، وجب عليه أقل الأمرين من قيمته أو أرش جنايته[٥].

٦- إذا قتل السيد أمته المزوجة قبل الدخول غرم مهر مثلها لزوجها على قول[٦].

---

(١) انظر: الدر المختار مع حاشيته (٥١٦/٦)، حاشية الدسوقي (٢٤٢/٣)، المنثور (٣٤٣/٢، ٣٦٠/٣)، تقرير القواعد (٥٠/٣)، كشاف القناع (٣٣٥/٣، ٣٣٦).

(٢) انظر: الهداية مع البناية (٣٥٠/٤، ٣٥٣)، الكافي لابن عبد البر (ص١٥٥)، المنثور (٣٤٣/٢، ٣٦٠/٣)، تقرير القواعد (٤٩/٣)، الإنصاف (٢٩٨/٨-٣٠١).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٢١٣/٣)، تقرير القواعد (٥٥/٣).

(٤) انظر: الهداية مع فتح القدير (٢٨١/٨)، المنثور (٣٦٠/٣).

(٥) انظر: المنثور (٣٤٣/٢)، تقرير القواعد (٥٠/٣).

(٦) انظر: المنثور (٣٤٣/٢).

٧- إذا قطع المحرم شعره أو حلَقه وجبت عليه الفدية[١].

٨- إذا قتل السيد عبده وجبت عليه كفارة القتل[٢].

٩- إذا أتلف الرجل زكاته بعد وجوبها عليه وجب عليه ضمان الزكاة[٣].

١٠- إذا نذر السيد عتق عبد معين ثم قتله قبل أن يعتقه، فهل يلزم السيد ضمان العبد؟ على وجهي:

أحدهما: لا يلزمه.

والثاني: يلزمه[٤].

---

(١) انظر: المنثور (٢/٣٤٣).

(٢) انظر: المرجع السابق.

(٣) انظر: المرجع السابق (٢/٣٣٥)، وتقرير القواعد (٣/٤٩)، الشرح الممتع (٦/٨٦-٨٧).

(٤) انظر: تقرير القواعد (٣/٥٦).

المبحث الثالث

قاعدة إذا حصل التلف من فعلين أحدهما مأذون فيه، والآخر غير مأذون فيه وجب الضمان كاملا

تبين لنا هذه القاعدة مقدار الضمان فيما إذا حدث التلف من فعلين: أحدهما مأذون فيه، والآخر لم يؤذن فيه، وسوف تكون دراستها من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول

في صيغ القاعدة

وردت خمس صيغ لهذه القاعدة، هي كما يأتي مرتبة زمنيا:

١- قال قاضي خان[1]: «الأجنبي إذا شارك المالك في إتلاف المال بغير إذنه يضمن نصف القيمة»[2].

٢- قال أبو عبدالله بن قيم الجوزية: «الجناية إذا حصلت من فعل مضمون ومهدر سقط ما يقابل المهدر واعتبر ما يقابل المضمون»[3].

---

(١) هو الفقيه فخر الدين أبو المحاسن الحسن بن منصور بن محمود، أخذ عن الإمام ظهير الدين المرغيناني وإبراهيم بن إسماعيل الصفار وغيرهما، وتفقه عليه شمس الأئمة الكردري وغيره، من مؤلفاته: "فتاوى قاضي خان" و"شرح الجامع الصغير" و"شرح أدب القاضي للخصاف"، توفي سنة ٥٩٢هـ.

انظر: الجواهر المضية (٢/٩٣-٩٤)، مفتاح السعادة (٢/٢٥٢)، معجم المؤلفين (١/٥٩٤).

(٢) شرح الزيادات (ص٣٢٣٥) بواسطة موسوعة القواعد للندوي (٢/١٣).

(٣) إعلام الموقعين (٢/٣٩).

٣- قال عبد الوهاب بن السبكي: «إذا تولد الشيء بين مضمون وغير مضمون، فهل يعطى جميعه حكم الضمان؟»[١].

٤- قال بدر الدين الزركشي: «المتولد من مضمون وغير مضمون فيه خلاف، والأصح أن لكل حكمه غالباً»[٢].

٥- قال عبد الرحمن بن رجب الحنبلي: «إذا حصل التلف من فعلين أحدهما مأذون فيه، والآخر غير مأذون فيه وجب الضمان كاملا على الصحيح»[٣].

المطلب الثاني

في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة

التلف: تقدم معنا[٤] أن التلف في اللغة: بمعنى الهلاك والعطب والفناء[٥].

وأن الإتلاف في اصطلاح الفقهاء: هو إخراج الشيء من أن يكون منتفعا به منفعة مطلوبة منه عادة[٦].

مأذون فيه: أي أذن فيه الشارع أو المالك[٧].

---

(١) الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/١٤٨).

(٢) المنثور (٣/١٦٤).

(٣) تقرير القواعد (١/٢١٢). وانظر: تحفة أهل الطلب (ص٢٤).

(٤) كما في صفحة ٩٥.

(٥) انظر: معجم مقاييس اللغة (١/٣٥٣)، لسان العرب (٩/١٨).

(٦) انظر: بدائع الصنائع (٧/١٦٤).

(٧) انظر: قاعدة: (الجواز الشرعي ينافي الضمان) صفحة ٤٧٩، وقاعدة: (إذن المالك في التصرفات يسقط الضمان) صفحة ٤٩١.

المطلب الثالث

في المعنى الإجمالي للقاعدة

إذا هلك آدمي أو جزء منه، أو تلف مال بسبب فعلين: أحدهما أذن بفعله الشارع أو مالك المال، والآخر لم يأذن في فعله الشارع أو المالك، فإن الضمان يجب كاملا، ولا يسقط نصفه مقابل الفعل المأذون فيه.

المطلب الرابع

في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة

يندرج تحت هذه القاعدة فروع كثيرة لا حصر لها، ولم تسر المذاهب الفقهية على قاعدة واحدة في جميع الفروع، وإنما كان لها في كل فرع فقهي حكم وخلاف ودليل يخصه عن بقية الفروع.

وهذا ما دفع ابن رجب الحنبلي بأن يقيد القاعدة بقوله: «على الصحيح»، وذلك في صياغته للقاعدة حيث يقول: «إذا حصل التلف من فعلين أحدهما مأذون فيه، والآخر غير مأذون فيه وجب الضمان كاملا على الصحيح»[1].

ولذلك أيضا صاغ عبد الوهاب بن السبكي القاعدة بصيغة استفهامية حيث يقول: «إذا تولد الشيء بين مضمون وغير مضمون، فهل يعطى جميعه حكم الضمان؟»[2].

وهذا - أيضا - هو الذي دعا بدر الدين الزركشي أن ينص على وجود الخلاف في القاعدة، ثم يرجح أن لكل فرع حكمه الخاص به، وذلك في

---

(١) تقرير القواعد (١/ ٢١٢).

(٢) الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/ ١٤٨).

صياغته للقاعدة، حيث يقول: «المتولد من مضمون وغير مضمون فيه خلاف، والأصح أن لكل حكمه غالباً»[1].

لذا فإنه من الصعب جدا الجزم بذكر أقوال الفقهاء في القاعدة، على أنهم ساروا فيها على وتيرة واحدة في جميع فروع القاعدة.

ومن هنا رأيت أن أدرس فرعا واحدا من فروع القاعدة، وذلك بذكر أقوال الفقهاء وأدلتهم؛ لنتعرف على صورة واحدة - من عدة صور - لخلاف العلماء في القاعدة.

وقد رأيت أن أدرس الفرع الأول الذي ذكره ابن رجب الحنبلي تحت هذه القاعدة وهو:

مسألة: إذا زاد الإمام سَوْطاً أو أكثر في الحد، فمات المحدود، فكم يجب من الضمان؟:

اتفق الفقهاء على أنه إذا زاد ولي الأمر على الحد فتلف المجني عليه، فإن الضمان يجب؛ لأنه تلف بعدوان، فأشبه ما لو ضربه في غير الحد[2].

واختلفوا في قدر الضمان على ثلاثة أقوال:

القول الأول: يجب جميع الضمان، وهو كمال الدية. وهو وجه عند الشافعية[3] والمذهب عند الحنابلة[4].

---

(١) المنثور (٣/١٦٤).

(٢) انظر: المغني (١٢/٥٠٤).

(٣) انظر: كتاب الحدود من الحاوي (٢/٩٩٥-٩٩٦)، العزيز (١١/٢٩٨)، روضة الطالبين (١٠/١٧٨)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/١٤١).

(٤) انظر: المغني (١٢/٥٠٤-٥٠٥)، تقرير القواعد (١/٢١٢)، الإنصاف مع المقنع (٢٦/٢٠٠-٢٠١)، كشاف القناع (٦/٨٣).

القول الثاني: يجب نصف الضمان، وهو نصف الدية. وهو قول الحنفية[1] ووجه عند الشافعية[2] ووجه عند الحنابلة[3][4].

القول الثالث: يجب الضمان بقسط الزيادة، فتقسط الدية على الأسواط كلها، ثم يعطى منها قسط الزيادة. وهو أظهر الأوجه عند الشافعية[5] ووجه عند الحنابلة[6].

أدلة القول الأول:

علل أصحاب هذا القول بما يأتي:

١- إن تلف المحدود حصل من جهة الله وعدوان الضارب، فكان الضمان على العادي، كما لو ضرب مريضا سوطا فمات به[7].

---

(١) انظر: تبيين الحقائق (٣/٢١١)، مجمع الضمانات (١/٤٤٧)، حاشية رد المحتار (٣/٧٩).

(٢) انظر: كتاب الحدود من الحاوي (٢/٩٩٥-٩٩٦)، العزيز (١١/٢٩٨)، روضة الطالبين (١٠/١٧٨)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/١٤١).

(٣) انظر: المغني (١٢/٥٠٤-٥٠٥)، تقرير القواعد (١/٢١٢)، الإنصاف مع المقنع (٢٦/٢٠٠-٢٠١).

(٤) لم أجد للمالكية قولاً في هذه المسألة إلا أن ابن قدامة نسب لهم القول بوجوب ضمان نصف الدية.

انظر: المغني (١٢/٥٠٥)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٤/٣٥٥)، منح الجليل (٩/٣٥٥-٣٦٢).

(٥) انظر: كتاب الحدود من الحاوي (٢/٩٩٥-٩٩٦)، العزيز (١١/٢٩٨)، روضة الطالبين (١٠/١٧٨)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/١٤١).

(٦) انظر: الإنصاف مع المقنع (٢٦/٢٠٠-٢٠١).

(٧) المغني (١٢/٥٠٤) بتصرف.

٢- إن تلف المحدود حصل بعدوان غيره، فأشبه ما لو ألقى على سفينة موقرة حجرا فأغرقها[١].

٣- إن تلف المحدود حصل بفعلين: أحدهما مأذون فيه، والآخر غير مأذون فيه. فالمأذون فيه لا أثر له في الضمان، وإنما الجناية ما زاد عليه، فأسند بالضمان إليها[٢].

٤- إن القتل حصل من فعلين: أحدهما مأذون فيه، والآخر غير مأذون فيه، فغلب جانب الحظر الذي هو المنهي عنه، فجعل الحكم له[٣].

أدلة القول الثاني:

علل أصحاب هذا القول بما يأتي:

١- إن التلف حصل بفعل مضمون وغير مضمون، فكان الواجب نصف الدية، كما لو جرح نفسه وجرحه غيره، فمات[٤].

٢- إن القتل حصل من فعل واجب وغير واجب، ولم يعتبر العدد كما لا يعتبر في الجراح[٥].

أدلة القول الثالث:

علل أصحاب هذا القول بأن الضمان تعلق بالأسواط الزائدة؛ لأن لكل واحد من العدد تأثيراً في تلفه، والضرب متشابه، فتقسط الدية على عدد الأسواط[٦].

---

(١) المغني (١٢/٥٠٤-٥٠٥) بتصرف.

(٢) انظر: تقرير القواعد (٢/٢١٢).

(٣) انظر: تعليق ابن عثيمين مع تقرير القواعد (١/٢١٣).

(٤) المغني (١٢/٥٠٥) بتصرف.

(٥) انظر: كتاب الحدود من الحاوي (٢/٩٩٣، ٩٩٥).

(٦) انظر: المرجع السابق (٢/٩٩٤، ٩٩٦).

القول المختار:

لم يظهر لي في هذه المسألة اختيار لأحد الأقوال الثلاثة، لكن يمكن الاستئناس برأي الشيخ محمد بن عثيمين، حيث يقول في هذه المسألة: «ولو قال قائل: إنه يلزمه بقسطه - فإذا كان مثلا ثمانين، وزاد ثمان جلدات، ومات، يجب عليه واحد من إحدى عشرة؛ لأنه مات من ثمان وثمانين، وثمان من ثمان وثمانين نسبتها واحدة من إحدى عشرة - لكان له وجه، ولعله أجود الأقوال الثلاثة، أجود من القول بأنه يضمن الجميع، وأجود من القول بأنه يضمن النصف»[1].

المطلب الخامس

من فروع القاعدة

هذه بعض الفروع الفقهية المندرجة تحت القاعدة، أسوقها على النحو الآتي:

١- إذا زاد الإمام سوطاً أو أكثر في الحد، فمات المحدود من ذلك، فقد اختلف في قدر الضمان، فقيل: يضمن كمال الدية، وقيل: يضمن نصف الدية، وقيل: يضمن قسط الزيادة[2].

٢- «إذا أوجبنا الضمان بالختان - كما في الحر والبرد المفرطين - فالواجب جميع الضمان؛ للتعدي، أو نصفه؛ لأن أصل الختان واجب، والهلاك حصل من مستحق وغير مستحق؟ فيه وجهان، أظهرهما الثاني»[3].

---

(١) تعليق ابن عثيمين مع تقرير القواعد (٢/٢١٣).

(٢) انظر: مجمع الضمانات (١/٤٤٧)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/١٤١)، تقرير القواعد (١/٢١٢).

(٣) الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/١٤٨). وانظر: المنثور (٣/١٦٤).

٣- إذا أقيم حد الجلد في الحر أو البرد المفرطين، فهلك المحدود، فقيل: تجب الدية كاملة، وقيل: يجب نصف الدية[١].

٤- إذا ضربه في الجلد، فأنهر دمه، فلا ضمان عليه؛ لأنه قد يكون ذلك من رقة الجلد، فإن عاد فضربه في موضع انهار الدم، فمات، وقلنا: إن الضمان يجب، فقيل: تجب الدية كاملة، وقيل: تجب نصف الدية[٢].

٥- إذا اشترك محل ومحرم في قتل صيد، فقد قيل: يلزم المحرم ضمانه كاملا، وقيل: يلزم المحرم نصف الجزاء[٣].

٦- «لو اقتص من الجاني ثم جرحه هو أو غيره عدواناً، فمات: وجب كمال الدية. وفيه وجه آخر: أنه يجب نصفها»[٤].

٧- «لو استأجر دابة لمسافة معلومة فزاد عليها، أو لحمل مقدار معلوم فزاد عليه، فتلفت الدابة، فإنه يضمنها بكمال القيمة، وقيل: يضمن نصف قيمتها»[٥].

٨- إذا اشترك في جرح آدمي مقتص وغيره، فقيل: يجب على شريك المقتص كمال الدية، وقيل: يجب عليه نصفها[٦].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/١٤٨).

(٢) انظر: المرجع السابق. و المنثور (٣/١٦٤).

(٣) انظر: المنثور (٣/١٦٤)، تقرير القواعد (١/٢١٤-٢١٥).

(٤) تقرير القواعد (١/٢١٣).

(٥) المرجع السابق (١/٢١٤) بتصرف.

(٦) انظر: المرجع السابق (١/٢١٦-٢١٧).

٩- لو تزوج امرأة ثم دفعها هو وأجنبي فأذهب عذرتها، ثم طلقها قبل الدخول، فقيل: يجب على الأجنبي نصف أرش البكارة، وعلى الزوج نصف المهر فقط، وقيل: يجب على الزوج نصف أرش البكارة مع نصف المهر[١].

١٠- «لو قتل رجل عبدا مشتركا بينه وبين غيره، أو أتلف مالاً مشتركا أو حيواناً: سقط ما يقابل حقه، ووجب عليه ما يقابل حق شريكه»[٢].

١١- «لو اشترك اثنان في إتلاف مال أحدهما أو قتل عبده أو حيوانه: سقط عن المشارك ما يقابل فعله، ووجب على الآخر من الضمان بقسطه»[٣].

١٢- «لو اشترك هو وأجنبي في قتل نفسه كان على الأجنبي نصف الضمان»[٤].

١٣- «لو رمى ثلاثة بالمنجنيق[٥]، فأصاب الحجرُ أحدَهم، فقتله: فالصحيح أن ما قابل فعل المقتول ساقط، ويجب ثلثا ديته على عاقلة الآخرين»[٦].

---

(١) انظر: المرجع السابق (١/ ٢١٧-٢١٩)،

(٢) إعلام الموقعين (٢/ ٣٩).

(٣) إعلام الموقعين (٢/ ٣٩).

(٤) المرجع السابق.

(٥) المنجنيق: آلة ترمى بها الحجارة، وهي معربة، أصلها فارسية، وجمعها: منجنيقات ومجانيق.
انظر: مختار الصحاح (ص ١٠٦)، القاموس المحيط (ص ١١٢٦).

(٦) إعلام الموقعين (٢/ ٣٩). وانظر: تقرير القواعد (١/ ٢١٩).

الفصل الثاني

القواعد المتعلقة بالتعدي والتفريط

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: قاعدة: الضمان منوط بالتعدي.

المبحث الثاني: قاعدة: المفرط ضامن.

المبحث الثالث: قاعدة: من ترك واجباً في الصون ضمن.

المبحث الرابع: قاعدة: متى فرط العامل في المال أو اعتدى فعليه ضمانه.

المبحث الأول

قاعدة الضمان منوط بالتعدي

هذه القاعدة الفقهية تبين لنا اشتراط التعدي في ضمان المتلفات، وقد كانت دراستها على النحو الآتي:

المطلب الأول

في صيغ القاعدة

وردت صيغ كثيرة حول هذه القاعدة مما يدل على أهميتها وعمل الفقهاء بها، وقد جاءت بعض هذه الصيغ مصدرة بالأصل أو الضابط مما يشعر بأنها قاعدة فقهية. بينما جاءت الصيغ الأخرى في مناسبات التعليل وذكر الأحكام الشرعية.

وأسوق إليك ما وقفت عليه من هذه الصيغ مرتبة على النحو الآتي:

أولاً: الصيغة التي وردت على لسان بعض التابعين:

١- «الضمان على من تعدى»:

هذه الصيغة وردت على لسان بعض التابعين كطاووس(١) وأبي قلابة(٢)

---

(١) هو عالم اليمن الفقيه القدوة أبو عبد الرحمن طاووس بن كيسان الفارسي ثم اليمني الجندي الحافظ، ولد في خلافة عثمان أو قبل ذلك، سمع من زيد بن ثابت وعائشة وغيرهما. وروى عنه: عطاء ومجاهد وآخرون، توفي سنة ١٠٦هـ، وقيل غير ذلك.
انظر: سير أعلام النبلاء (٣٨/٥)، تهذيب التهذيب (٩/٥).

(٢) هو الإمام شيخ الإسلام أبو قلابة عبد الله بن زيد بن عمرو بن ناتل بن مالك الجرمي البصري، حدث عن ثابت بن الضحاك وأنس ومالك بن الحويرث وغيرهم، وحدث عنه: أبو رجاء سلمان وثابت البناني وقتادة وغيرهم، مات سنة ١٠٤، وقيل غير ذلك.
انظر: طبقات الفقهاء للشيرازي (ص٩٤)، سير أعلام النبلاء (٤٦٨/٤).

وحماد[1] رحمهم الله[2].

ثانياً: الصيغ التي وردت عن فقهاء المذهب الحنفي:

١- قال أبو زيد الدبوسي[3]: «الأصل عندنا أن كل من تعدى على غيره بأخذ مال إذا هلك في يده يضمن»[4].

٢- قال أبو بكر الكاساني[5]: «لا ضمان إلا على المتعدي»[6].

٣- جاء في كتاب مجموعة الأصول ما نصه: «التعدي مضمون»[7].

---

(١) هو العلامة فقيه العراق أبو إسماعيل حماد بن أبي سليمان مسلم الكوفي، أصله من أصبهان، كان ذكياً سخيًا، روى عن أنس بن مالك، وتفقه بإبراهيم النخعي، وهو أنبل أصحابه، روى عنه: ابنه إسماعيل وأبو حنيفة وغيرهما، توفي سنة ١٢٠هـ، وقيل غير ذلك.
انظر: سير أعلام النبلاء (٥/٢٣١)، تهذيب التهذيب (٣/١٤).

(٢) المصنف لعبد الرزاق (٨/٢٥٢-٢٥٣).

(٣) هو القاضي الفقيه أبو زيد عبيد الله بن عمر بن عيسى الدبوسي، من أكابر المذهب الحنفي، أول من وضع علم الخلاف وأبرزه للوجود، تفقه على أبي جعفر الاستروشني وغيره، له مؤلفات منها: "تأسيس النظر" و"الأسرار" و"تقويم الأدلة" و"نظم في الفتاوى"، كان له مناظرات مع الفحول بسمرقند وبخارى، توفي سنة ٤٣٠هـ، وقيل غير ذلك.
انظر: الجواهر المضية (٢/٤٩٩-٥٠٠)، تاج التراجم (ص١٩٢، ٣٣٠)، الفوائد البهية (ص١٠٩).

(٤) تأسيس النظر (ص٨٥).

(٥) هو ملك العلماء علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، تفقه على محمد السمرقندي وغيره، وتولى التدريس بالحلاوية، فتلقاه الفقهاء وأخذوا عنه، له مؤلفات منها: "بدائع الصنائع"، و"السلطان المبين في أصول الدين"، توفي سنة ٥٨٧هـ في حلب.
انظر: الجواهر المضية (٤/٢٥-٢٨)، تاج التراجم (ص٣٢٧-٣٢٩).

(٦) بدائع الصنائع (٦/٢١٧).

(٧) مجموعة الأصول ورقة (١٩) بواسطة موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي (٢/٣١٩).

٤- قال أحمد الزرقا[1]: «الضمان يستدعي سبق التعدي»[2].

ثالثاً: الصيغ التي وردت عن فقهاء المذهب المالكي:

١- قال أبو الوليد بن رشد الحفيد[3]: «الأصول على أن على المتعدي الضمان»[4].

٢- قال أبو إسحاق الشاطبي[5]: «التعدي يترتب عليه الضمان والعقوبة»[6].

---

(١) هو الشيخ الفقيه أحمد بن الشيخ محمد بن عثمان الزرقا، ولد في حلب سنة ١٢٨٥هـ تقريبا، حفظ القرآن الكريم على الشيخ محمد الحجار، وتلقى العلوم الشرعية على علماء عصره، من أبرزهم والده الشيخ محمد الزرقا، وتفقه عليه: ابنه الشيخ مصطفى والدكتور معروف الدواليبي والشيخ محمد السلقيني وغيرهم، ليس له إلا مؤلف وحيد وفريد وهو "شرح القواعد الفقهية" من مجلة الأحكام العدلية، توفي سنة ١٣٥٧هـ.
انظر: مقدمة كتابه "شرح القواعد الفقهية" (ص١٧).

(٢) شرح القواعد الفقهية (ص٤٤٩).

(٣) هو العلامة الفقيه أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي، الشهير بابن رشد الحفيد، ولد سنة ٥٢٠هـ، وأخذ عن أبيه أبي القاسم وعن أبي القاسم بن بشكوال وأبي مروان بن ميسرة وغيرهم، وأخذ عنه: أبو بكر بن جهور وأبو محمد بن حوط الله وغيرهما، له مؤلفات منها: "بداية المجتهد ونهاية المقتصد" و"مختصر المستصفى" في الأصول، و"الكليات" في الطب، توفي سنة ٥٩٥هـ.
انظر: الديباج المذهب (ص٣٧٨-٣٧٩)، شذرات الذهب (٤/٦٢)، كشف الظنون (١/٥١٢).

(٤) بداية المجتهد (٢/٣٩٤).

(٥) هو: العلامة المحقق أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشاطبي، أخذ عن ابن الفخار وأبي عبد الله البلنسي وأبي عبد الله التلمساني وغيرهم، وأخذ عنه أبو بكر بن عاصم وأخوه أبو يحيى وعبد الله البياني وغيرهم، له مؤلفات نفيسة منها: "الموافقات" و"الاعتصام" و"الإفادات والإنشادات"، توفي في شعبان ٧٩٠هـ. انظر: شجرة النور الزكية (ص٢٣١)، إيضاح المكنون (٤/١٢٧)، معجم المؤلفين (١/٧٧).

(٦) الموافقات (١/٤٠١).

٣- قال أحمد المنجور[1]: «كل من خالف ما أمر به أو نهي عنه أو تعدى على مال غيره أو غر بالفعل فإنه يضمن»[2].

رابعاً: الصيغ التي وردت عن فقهاء المذهب الشافعي:

١- قال الإمام الشافعي[3]: «إنما يضمن من تعدى»[4].

٢- قال أبو الحسن الماوردي[5]: «لا ضمان إلا بالعدوان»[6].

---

(١) هو الفقيه الأصولي أبو العباس أحمد بن علي المنجور الفاسي، ولد سنة ٩٢٦هـ، أخذ عن سقين وابن هارون وعبد الواحد الونشريسي وغيرهم، وأخذ عنه جماعة منهم: الشيخ البطيوري وإبراهيم الشاوي ويوسف الفاسي، له مؤلفات منها: "مراقي المجد في آيات السعد" و"شرح المنهج المنتخب" و"شرح قواعد الزقاق"، توفي سنة ٩٩٥هـ. انظر: شجرة النور الزكية (ص٢٨٧)، معجم المؤلفين (١/٢٠٤).

(٢) شرح المنهج المنتخب (ص٥٤٥).

(٣) الإمام أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان الشافعي القرشي المطلبي، عالم العصر وناصر الحديث وفقيه الملة، ولد سنة ١٥٠ في غزة، روى عن إسماعيل بن علية ومالك ابن أنس ومسلم بن خالد الزنجي وغيرهم كثير، وممن روى عنه: أحمد بن حنبل وأحمد الخلال وأبو ثور وغيرهم، له مؤلفات مفيدة منها: "الأم" و"الرسالة" في أصول الفقه وغيرها. انظر: مناقب الإمام الشافعي، تهذيب الأسماء واللغات (١/٤٤)، سير أعلام النبلاء (١٠/٥).

(٤) الأم (٤/٣٧).

(٥) القاضي أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، تفقه على أبي القاسم الصيمري وأبي حامد الإسفراييني وغيرهما، وروى عنه أبو بكر الخطيب وأبو العز بن كادش وغيرهما، له مؤلفات كثيرة منها: "الحاوي" و"الأحكام السلطانية"، توفي سنة ٤٥٠هـ. انظر: سير أعلام النبلاء (١٨/٦٤)، طبقات الشافعية للسبكي (٥/٢٦٧-٢٦٩)، طبقات الشافعية للإسنوي (٢/٢٠٦-٢٠٧).

(٦) الحاوي (٧/٤٢٥).

٣- قال بدر الدين الزركشي: «الضابط أن التعدي مضمون أبدا إلا ما قام دليله»[١].

خامساً: الصيغ التي وردت عن فقهاء المذهب الحنبلي:

١- قال شيخ الإسلام ابن تيمية: «متى فرط العامل في المال أو اعتدى فعليه ضمانه»[٢].

٢- قال شمس الدين الزركشي الحنبلي[٣]: «الضمان منوط بالتعدي»[٤]. وذكرها أيضا برهان الدين بن مفلح[٥].

٣- قال برهان الدين بن مفلح[٦]: «الضمان على المتعدي»[٧].

---

(١) المنثور (٢/٣٢٧).

(٢) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٣٠/٨٨)، وقد خُصصت لهذه القاعدة مبحثا خاصا في هذا الفصل.

(٣) هو العلامة الفقيه شمس الدين أبو عبدالله محمد بن عبدالله بن محمد الزركشي المصري الحنبلي، والد المسند زين الدين عبدالرحمن أبي ذر المعروف بـ(الزركشي)، أخذ الفقه عن موفق الدين عبد الله الحجاوي وغيره، له تصانيف مفيدة أشهرها: "شرح مختصر الخرقي"، توفي سنة ٧٧٢هـ. انظر: النجوم الزاهرة (١١/٩٣-٩٤)، شذرات الذهب (٦/٢٢٤-٢٢٥)، السحب الوابلة (٣/٩٦٦-٩٦٨).

(٤) شرح الزركشي على مختصر الخرقي (٤/٥٨٨).

(٥) المبدع (٥/٢٤١).

(٦) هو العلامة الفقيه المؤرخ برهان الدين أبو إسحاق إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح بن مفرِّج المقدسي الراميني الدمشقي الصالحي، ولد سنة ٨١٥هـ، حفظ القرآن وعدة كتب، أخذ عن العلاء البخاري وجده وابن قاضي شهبة وابن ناصر الدين، له مؤلفات نفيسة، منها: "المبدع في شرح المقنع" و"المقصد الأرشد" في تراجم الحنابلة، وغيرهما، توفي سنة ٨٨٤هـ. انظر: شذرات الذهب (٧/٣٣٨-٣٣٩)، السحب الوابلة (١/٦٠-٦٣).

(٧) المبدع (٥/٩٦).

المطلب الثاني

في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة

منوط أي: معلق[١].

بالتعدي: التعدي لغة: الظلم ومجاوزة الحد[٢].

وفي الاصطلاح: يطلق ويراد به أحد معنيين:

الأول: المجاوزة الفعلية إلى حق غيره أو ملكه المعصوم، وهذا المعنى هو المراد في القاعدة، وهو شرط أساسي في الضمان.

والثاني: العمل المحظور في ذاته شرعا، بقطع النظر عن كونه متجاوزا على حدود غيره أم لا.

وهذا المعنى ليس مراداً في القاعدة، وليس بشرط في وجوب الضمان[٣].

وقد سبق التوسع في تعريف التعدي في مطلب أركان الضمان، فليرجع إليه[٤].

المطلب الثالث

في المعنى الإجمالي للقاعدة

الأصل أن الضمان لا يجب إلا إذا وجد الإتلاف المسبوق بتعدّ، سواء قصد الفاعل الفعل أو الضرر أم لم يقصد. فأما إذا لم يسبق الإتلاف بتعد فإنه لا يجب الضمان[٥].

---

(١) انظر: لسان العرب (٧/٤١٨)، القاموس المحيط (ص٨٩٢).

(٢) انظر: مختار الصحاح (ص٤١٨-٤١٩)، القاموس المحيط (ص ١٦٨٨).

(٣) انظر: الفعل الضار (ص٧٨-٧٩). وراجع: قاعدة (المباشر ضامن وإن لم يتعمد) صفحة ٣٥٥. وقاعدة (المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد) صفحة ٣٧٣.

(٤) انظر: صفحة ٧٦-٨١ من هذا البحث.

(٥) انظر: شرح القواعد الفقهية (ص٤٤٩)، المدخل الفقهي للزرقا (٢/١٠٤٦).

المطلب الرابع
في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة

اتفق الفقهاء من الحنفية[١] والمالكية[٢] والشافعية[٣] والحنابلة[٤] والظاهرية[٥][٦] على اشتراط التعدي في الإتلاف الموجب للضمان. واستدلوا على ذلك بأدلة كثيرة، منها ما يلي:

١ - قال تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾[٧].

وجه الدلالة: أن الله تعالى أجاز للمتعدَّى عليه أن يأخذ حقه من المعتدي، ومن ذلك أن يأخذ ضمان أمواله من المعتدي. قال الشيخ عبدالرحمن السعدي عند هذه الآية: «ومن أخذ مال غيره المحترم أخذ منه بدله»[٨].

---

(١) انظر: تأسيس النظر (ص٨٥)، بدائع الصنائع (٢١٧/٦)، شرح القواعد الفقهية (ص ٤٤٩، ٤٥٣-٤٥٥)، مجموعة الأصول ورقة (١٩) بواسطة موسوعة القواعد والضوابط الفقهية (٣١٩/٢).

(٢) انظر: بداية المجتهد (٣٩٤/٢)، الموافقات (٤٠١/١، ٤٢٨/٣-٤٣١)، شرح المنهج المتخب (ص٥٤٥)، المنهج إلى المنهج (ص١٠٣-١٠٤)، الدليل الماهر الناصح (ص١٣٩-١٤٠).

(٣) انظر: الأم (٣٧/٤)، الحاوي (١٤٧/٧، ٤٢٥)، المنثور (٣٢٧/٢).

(٤) انظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام (٨٨/٣٠)، شرح الزركشي على مختصر الخرقي (٥٨٨/٤)، المبدع (٩٦/٥، ٢٤١)، الإرشاد (ص١٤٨).

(٥) انظر: المحلى (٩١/٦، ٤٢٩).

(٦) انظر: الفعل الضار (ص٧٩)، ضمان العدوان (ص٢٤١-٢٤٢).

(٧) سورة البقرة، الآية [١٩٤].

(٨) تيسير الكريم الرحمن (ص٨٩).

٢- قال تعالى: ﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ ﴾[١].

وجه الدلالة: أن الله تعالى أباح لمن وقعت عليه العقوبة بغير وجه حق أن يستوفي بدلها، وقد فسرها طائفة من التابعين بقولهم: «إن أخذ منك رجل شيئاً فخذ منه مثله»[٢].

٣- قال تعالى: ﴿ وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا ﴾[٣].

وجه الدلالة: أن الله عزّ وجلّ بيّن أن جزاء عمل السوء أن يفعل به مثل ما فعل، ومن ذلك التعدي على الأموال، فإن جزاءه ضمانها. قال الشيخ عبدالرحمن السعدي في تفسير هذه الآية: «جزاء السيئة سيئة مثلها، لا زيادة ولا نقص، فالنفس بالنفس وكل جارحة بالجارحة المماثلة لها، والمال يضمن بمثله»[٤].

٤- عن أنس ﷺ أن النبي ﷺ كان عند بعض نسائه، فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين مع خادم بقصعة فيها طعام فضربت بيدها فكسرت القصعة، فضمها وجعل فيها الطعام، وقال: كلوا، وحبس الرسول والقصعة حتى فرغوا، فدفع القصعة الصحيحة وحبس المكسورة. وفي لفظ آخر أنه قال: (طعام بطعام وإناء بإناء)[٥].

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ ألزم زوجته التي كسرت الإناء ضمانه؛ وذلك لوجود التعدي.

---

(١) سورة النحل، الآية [١٢٦].

(٢) انظر: تفسير الطبري (٦٦٥/٧)، الدر المنثور (٢٥٦/٤).

(٣) سورة الشورى، الآية [٤٠].

(٤) تيسير الكريم الرحمن (ص ٧٦٠).

(٥) تقدم تخريجه صفحة ٧١.

٥- عن سمرة بن جندب[1] ﷺ عن النبي ﷺ قال: «**على اليد ما أخذت حتى تؤديه**»[2].

وجه الدلالة: أن هذا الحديث يدل على أن من اعتدى على أحد بأخذ شيء من ممتلكاته فإنه يجب عليه أن يردها إليه.

٦- عن يزيد بن السائب[3] ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: (**لا يأخذن أحدكم متاع صاحبه جادا ولا لاعباً، وإذا وجد أحدكم عصا صاحبه فليردها عليه**)[4].

---

(١) هو الصحابي الجليل سمرة بن جندب بن هلال الفزاري، من علماء الصحابة، وله أحاديث صالحة، حدث عنه ابنه سليمان والحسن البصري وابن سيرين، مات سنة (٥٨هـ)، وقيل غير ذلك.
انظر: معجم الصحابة (١/٣٠٥-٣٠٦)، سير أعلام النبلاء (٣/١٨٣-١٨٦)، الإصابة (٣/١٣٠-١٣١).

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (٥/٨، ١٢، ١٣)، وأبو داود في سننه: كتاب البيوع والإجارات، باب تضمين العارية (٣/٨٢٢) برقم (٣٥٦١)، والترمذي في سننه: كتاب البيوع، باب ما جاء في أن العارية مؤداة (٣/٥٦٦) برقم (١٢٦٦)، وابن ماجه في سننه: كتاب الصدقات، باب العارية (٣/١٣٨) برقم (٢٤٠٠)، والحاكم في المستدرك (٢/٥٥)، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح، وصححه الحاكم، وضعفه الألباني في الإرواء (٥/٣٤٨). وانظر: التلخيص الحبير (٣/١١٧).

(٣) هو الصحابي الجليل يزيد بن السائب بن يزيد، وقيل غير ذلك في نسبه، أسلم يوم الفتح، وروى عن النبي ﷺ، وروى عنه ابن السائب، ولم أجد من ذكر سنة وفاته.
انظر: معجم الصحابة (٣/٢٣٢)، تهذيب الكمال (٣٢/١٤١)، الإصابة (٦/٣٤١).

(٤) أخرجه أحمد في المسند (٤/٢٢١)، وأبو داود في سننه: كتاب الأدب، باب من يأخذ الشيء على المزاح (٥/٢٧٣) برقم (٥٠٠٣)، والترمذي في سننه: كتاب الفتن، باب ما جاء: (لا يحل لمسلم أن يروّع مسلما) (٤/٤٠٢) برقم (٢١٦٠)، والحاكم في المستدرك (٣/٧٣٩)، والبيهقي في السنن الكبرى: كتاب الغصب، باب تحريم الغصب وأخذ أموال الناس بغير حق (٦/٩٢)، وقال الترمذي: هذا حديث حسن غريب، وحسّنه الألباني في الإرواء (٥/٣٥٠).

وجه الدلالة: يدل هذا الحديث على أنه لا يجوز للمسلم الاعتداء على مال أخيه المسلم، فإن اعتدى على ماله فإنه يجب عليه أن يرجعه إليه.

المطلب الخامس

في القواعد والضوابط الفقهية المندرجة تحت القاعدة

ثمة قواعد وضوابط فقهية تندرج تحت القاعدة، منها ما أفردت له مبحثاً خاصا لدراستها، ومنها - وهي واحدة - ما سأتكلم على معناها هنا.

وفيما يلي ذكر ما وقفت عليه مما يندرج تحت القاعدة من القواعد والضوابط الفقهية:

أولاً: قاعدة (الأمانات تضمن بالتعدي)(١).

ثانياً: قاعدة (التعدي على مال الغير يستوي فيه الجهل والعمد)(٢).

ثالثاً: ضابط (الضمان لا يجب على الوديع إلا بالتعدي)(٣).

رابعاً: قاعدة (المباشر ضامن وإن لم يتعمد ولم يتعد، والمتسبب لا يضمن إلا أن يتعدى)(٤).

خامساً: قاعدة (المتولد من التعدي في حكم التعدي)(٥).

---

(١) انظر: قاعدة (الأمانة غير مضمونة) صفحة ٥٩٢.

(٢) انظر: قاعدة (لا فرق في ضمان المتلف بين العلم والجهل) صفحة ٣١٧، وقاعدة (ما يضمن بالعمد يضمن بالخطأ) صفحة ٣٣٩.

(٣) انظر: قاعدة (الضمان لا يجب على الوديع) صفحة ٦٢١.

(٤) انظر: صفحة ٣٥٣، ٣٧٣ من هذا البحث.

(٥) المنثور (٢/٣٢٧).

والمراد بهذه القاعدة أن كل ما ترتب على التعدي من آثار - كسراية[١] ونحوها - فإنه مضمون على المتعدي كما هو الحال في أصل التعدي، وهي في معنى قاعدة (سراية الجناية مضمونة)[٢]، إلا أن قاعدة السراية تستعمل في التعدي على الأنفس، وقاعدتنا تستعمل في التعدي على الأموال.

ومن أمثلتها: أن من تعدى على حيوان غيره بجرح فمات الحيوان بسببه، فإن المتعدي لا يضمن الجرح فحسب، بل يضمن النفس؛ لأن هلاكها تولّد من تعدّيه[٣].

المطلب السادس
من فروع القاعدة

يتفرع على القاعدة مسائل كثيرة، منها ما يلي:

١- إذا هلكت العارية بتعدّ من المستعير فإنه يضمنها[٤].

٢- إذا حفر رجل حفرة في الطريق ثم سقط فيها إنسان فمات، فإن الضمان على حافر البئر؛ لتعديه في الحفر[٥].

---

(١) السراية لغة: مصدر من سرى الليل إذا مضى وذهب.
واصطلاحا: سريان أثر فعل الجاني في المجني عليه إلى نفسه.
انظر: المصباح المنير (ص ١٠٤-١٠٥)، القاموس المحيط (ص ١٦٦٩-١٦٧٠)، التشريع الجنائي (٢/٢٥٢)، القاموس الفقهي (ص١٧١)، القصاص والديات (ص٧٥).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٧/٣٠٤)، منح الجليل (٩/٥١)، الحاوي (١٢/١٢٥، ١٧٠)، التهذيب (٧/١١٨-١١٩)، المغني (١١/٥٦٢)، الشرح الكبير مع المقنع (٢٥/٢٩٩).

(٣) انظر: المنثور (٢/٣٢٨).

(٤) انظر: مجمع الضمانات (١/١٦٣).

(٥) انظر: المرجع السابق (١/٤٠٧)، المنثور (٢/٣٢٧).

٣- إذا أودعت رجلا بقرا أو نوقا فأنزى عليهن بغير إذنك فمتن من الولادة فإنه ضامن[١].

٤- لو اكترى زورقا فزواه مع زورق آخر فغرقا ضمن؛ لأنها مخاطرة لاحتياجهما إلى المساواة ككفة الميزان[٢].

٥- إذا استأجرت رجلا ليخيط لك ثوبا فتلف الثوب، فإن الأجير لا يضمن إلا بالتعدي[٣].

٦- الفصاد والحجام والختان لا يضمنون بسراية فعلهم إلى الهلاك إذا لم يجاوزوا الموضع المعتاد المعهود المأذون فيه[٤].

٧- من أودع وديعة فتعدى فيها، بأن ركب الدابة لغير نفعها أو لبس الثوب أو أخرج الدراهم لينفقها، ثم ردّها: ضمنها؛ لتصرّفه في مال غيره بغير إذنه[٥].

٨- لا يضمن الملتقط اللقطة إلا بالتعدي عليها أو بالمنع عند الطلب[٦].

٩- إذا تلف الثمر والزرع بعد وجوب الزكاة فيه، ففي ذلك تفصيل: إن كان بتعدٍّ منه أو تفريط ضمن الزكاة، وإن كان بلا تعدٍّ ولا تفريط لم يضمن[٧].

---

(١) الدليل الماهر الناصح (ص١٤٠) بتصرف يسير.

(٢) المبدع (٥/٩٦).

(٣) انظر: مجمع الضمانات (١/١٣٩).

(٤) المرجع السابق (١/١٤٥) بتصرف يسير.

(٥) المبدع (٥/٢٣٩) بتصرف يسير.

(٦) انظر: مجمع الضمانات (١/٤٥٦).

(٧) انظر: الشرح الممتع (٦/٨٦-٨٧).

١٠- العامل أمين، لا ضمان عليه فيما تلف بغير تعدٍّ ولا تفريط[١].

١١- الرهن أمانة في يد المرتهن، لا يضمنه إذا تلف بغير تعدٍّ منه ولا تفريط[٢].

١٢- إذا استأجر سيارة، فأسرع السير بها في الأماكن المزدحمة أو الطرق الوعرة، ما أدّى إلى اصطدامه بسيارة أخرى؛ فهنا يضمن المستأجر تلف السيارة؛ لأنه تعدَّى.

١٣- لا يضمن الوكيل ما تلف بيده إلا إذا تعدى أو فرّط[٣].

١٤- إذا فتح إنسان قفصا عن طائر مملوك محترم فطار، أو فتح اصطبل حيوان محترم فضاع، أو حلّ رباط فرس ففات: وجب على الفاتح والحالّ الضمان بسبب تعديه[٤].

١٥- إذا حلّ إنسان رباط سفينة فغرقت بعصوف ريح، فإنه يضمنه لتعديه[٥].

١٦- إذا أتلف وثيقة لا يثبت المال إلا بها وتعذر ثبوته، فعلى متلفها الضمان لتعديه[٦].

---

(١) انظر: المعيار (٢١٢/٨)، الحاوي (٣٢٣/٧)، الكافي لابن قدامة (٣٥٧/٣)، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٨٨/٣٠)، الإقناع (٤٦٦/٢).

(٢) انظر: منتهى الإرادات (٢٨٨/١-٢٨٩).

(٣) انظر: المرجع السابق (٣١٨/١، ٣٢١).

(٤) انظر: كشاف القناع (١١٧/٤).

(٥) انظر: المرجع السابق.

(٦) انظر: المرجع السابق (١١٩/٤).

المبحث الثاني

قاعدة: المفرط ضامن

هذه القاعدة الفقهية متعلقة بالتفريط في الأمانات، وقد يسر الله لي دراستها في المطالب الآتية:

المطلب الأول

في صيغ القاعدة

يسَّر الله لي - بعد البحث والتنقيب - الوقوف على ست صيغ للقاعدة، وقد جاء التنصيص على بعض هذه الصيغ بما يشعر بكونها قاعدة فقهية. بينما جاء البعض الآخر منها في مساق التدليل والتعليل عند توجيه رأي أو اختياره.

وفيما يلي أذكر هذه الصيغ مرتبة حسب سنة وفاة قائليها:

١- قال الفقيه أبو بكر السرخسي في سياق التعليل ما نصه: «الأمين فيما يرجع إلى الحفظ يكون ضامنا»(١).

٢- وقال أيضا: «هلاك الأمانة في يد الأمين كهلاكها في يد صاحبها»(٢).

٣- قال الفقيه أبو محمد بن قدامة(٣) في معرض التعليل ما نصه: «الأمين لا

---

(١) المبسوط (٢٢/٦٨)، وانظر: شرح مشكل الآثار (١٥/٤٦٥)، مجمع الضمانات (١/٧٨، ٣٩٩، ٤٦٥).

(٢) المبسوط (٢٣/١٢٨)، وانظر: شرح الزيادات (ص١٦٠٥) بواسطة موسوعة القواعد للندوي (٢/٤٩٧).

(٣) هو الإمام الفقيه موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي ثم الدمشقي، ولد سنة ٥٤١هـ، وسمع من أبي المكارم بن هلال وهبة الله الدقاق وغيرهما، وأخذ عنه: ابن أخيه عبدالرحمن بن أبي عمرو الضياء وخلق كثير، من مؤلفاته: المغني وروضة الناظر وغيرهما، توفي سنة ٦٢٠هـ.

انظر: الذيل على طبقات الحنابلة (٤/١٣٣-١٤٩)، المقصد الأرشد (٢/١٥-٢٠).

يضمن ما لم يوجد منه تفريط أو عدوان»[(١)].

٤- وقال شيخ الإسلام ابن تيمية في معرض الاستدلال: «التفريط يناسب الضمان»[(٢)].

٥- جاء ذكر القاعدة في مجلة الأحكام العدلية بصيغة: «الأمانة غير مضمونة، فإذا هلكت أو ضاعت بلا صنع الأمين ولا تقصير منه لا يلزمه الضمان»[(٣)].

٦- قال مفتي دمشق في وقته - محمود حمزة[(٤)] -: «لا ضمان على المبالغ في الحفظ»[(٥)].

٧- صاغ الشيخ عبد الرحمن السعدي القاعدة بقوله: «القاعدة الرابعة عشرة: التلف في يد الأمين غير مضمون إذا لم يتعد أو يفرط، وفي يد الظالم مضمون مطلقاً»[(٦)].

---

(١) المغني (١٢/٥٥٠).

(٢) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٢٩/٤٠٢).

(٣) شرح المجلة (ص٤٢٦)، وانظر: الفوائد الزينية (ص١٢٧).

(٤) هو الفقيه محمود بن محمد نسيب بن حسين بن يحيى بن حمزة الحسيني الحمزاوي الحنفي الدمشقي، ولد سنة ١٢٣٦هـ، تقلب في مناصب شرعية عالية، انتهت به إلى فتوى الشام، وكان أديبا شاعرا، له مؤلفات منها: درر الأسرار في تفسير القرآن، والفرائد البهية في القواعد الفقهية، والكواكب الزاهرة في الأحاديث المتواترة وغيرها، توفي سنة ١٣٠٥هـ.
انظر: هدية العارفين (٦/٤٢٠)، الأعلام (٧/١٨٥).

(٥) الفرائد البهية (ص٥٨).

(٦) القواعد والأصول الجامعة (ص٤٤).

٨- ذكر الدكتور محمد الروكي القاعدة ضمن مبحث خصصه للقواعد الفقهية الكلية في نظرية الضمان، وصاغها بقوله: «المفرط ضامن»[١]، وقد استنبطها من كلام للقاضي عبد الوهاب المالكي[٢] حيث يقول: «وتحريره أن يقال: إنها بهيمة أتلفت زرعاً، فكان الضمان ممن كان التفريط منه، أصله إذا كان يد صاحبها عليها»[٣].

المطلب الثاني

في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة

المُفرِّط: لغة: من التفريط، والتفريط في الشيء هو التقصير فيه وتضييعه وإهماله والتهاون فيه حتى يفوت أو يتلف، يقال: فرّط في الأمر يفرط تفريطا فهو مفرط[٤].

و«الفرق بين الإفراط والتفريط أن الإفراط يستعمل في تجاوز الحد من جانب الزيادة والكمال، والتفريط يستعمل في تجاوز الحد من جانب النقصان والتقصير»[٥].

---

(١) قواعد الفقه الإسلامي للروكي (ص٢٢٩)، وانظر: الإشراف (٦٦٩/٢)، مجموع فتاوى ابن تيمية (٣٩١/٣٠).

(٢) هو الفقيه القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن نصر البغدادي المالكي، ولد سنة ٣٦٢هـ، أخذ عن ابن القصار وابن الجلاب وغيرهما، ومن تلاميذه: أبوبكر الخطيب البغدادي وأبو عبدالله المازري، وله مؤلفات منها: الإشراف على مسائل الخلاف، وعيون المسائل، توفي سنة ٤٢٢هـ. انظر: ترتيب المدارك (٢٢٠/٧-٢٢٧)، الديباج المذهب (ص٢٦١-٢٦٢).

(٣) الإشراف للقاضي عبد الوهاب (٦٦٩/٢).

(٤) انظر: الصحاح (١١٤٨/٣)، تاج العروس (٥٢٧/٩، ٥٣٣، ٥٣٥).

(٥) التعريفات (ص٣٢).

وفي الاصطلاح: وقفت على ثلاثة تعاريف، وهي كما يلي:

أولاً: قال شيخ الإسلام ابن تيمية: «والتفريط: هو ترك ما يجب عليه من غير عذر»[١].

ثانياً: قال الشيخ عبدالرحمن السعدي: «التفريط: ترك ما يجب من الحفظ»[٢].

ثالثاً: قال الدكتور محمد سراج: «الإهمال أو التقصير الموجب للضمان هو: مخالفة ما أوجبه الشارع من رعاية وتبصير لحقوق الغير وسلامتهم في أموالهم وأنفسهم وسائر حقوقهم الأخرى»[٣].

والذي يظهر لي أن هذه التعاريف لا تخرج عن المعنى اللغوي للتفريط؛ ولذلك فإنه «على الرغم من شيوع استخدام مصطلح التفريط باعتباره سببا لإيجاب الضمان، فإن الفقهاء لم يعنوا أنفسهم بتعريفه تعريفا جامعا مانعا فيما اطلعت عليه؛ اكتفاء بوضوح مفهومه»[٤] عندهم.

ومن الجدير بالملاحظة أن التعدي إذا أطلق فإنه قد يشمل معنى التفريط؛ لأن التعدي - الذي يشترط لإيجاب الضمان - قد يكون أمراً إيجابياً كالإحراق والإغراق والإتلاف، وقد يكون أمراً سلبياً كترك الحفظ والإهمال والامتناع عن تقديم المساعدة للمضطر[٥].

---

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (١٨٣/٣٠).

(٢) القواعد والأصول الجامعة (ص٤٤).

(٣) ضمان العدوان (ص٢٥١).

(٤) المرجع السابق، بتصرف يسير.

(٥) انظر: الموافقات (٧٢/٣-٧٣)، السيل الجرار (٣٤٢/٣)، نظرية الضمان للزحيلي (ص١٩)، نظرية الضمان لمحمد فوزي (ص٩٤-٩٥)، ضمان العدوان (ص٢٤١، ٢٤٢، ٢٤٣، ٢٤٥)، الضرر (٨٠٤/٢، ٨٤٨-٨٤٩).

ومن هنا قال الشيخ عبدالرحمن السعدي: «والفرق بين التعدي والتفريط: أن التفريط: ترك ما يجب من الحفظ، والتعدي: فعل ما لا يجوز من التصرفات أو الاستعمالات»[١].

المطلب الثالث
في مسائل متعلقة بالتفريط

أولاً: إن التفريط في أموال الناس يدخل ضمن التسبب في الإتلاف؛ لأن المفرط في الشيء متسبب في إتلافه[٢]، والتسبب قد يكون بالفعل أو بعدم الفعل أو بالتفريط[٣]. وبذلك فإنه يمكن إدراج هذه القاعدة «المفرط ضامن» تحت القاعدة الكلية المشهورة: «المتسبب لا يضمن إلا بالتعدي»[٤].

ثانياً: إن الشرع واللغة لم يأتيا بتحديد التفريط الموجب للضمان، ومعلوم أن كل ما كان كذلك فمرجع تحديده إلى العرف والعادة[٥]، وعلى هذا فإن كل ما عدّه الناس تفريطا أنيط به الحكم ولزم به الضمان[٦].

---

(١) القواعد والأصول الجامعة (ص٤٤).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (١٦٥/٧-١٦٧)، الفروق (٢٠٦/٢-٢٠٧)، روضة الطالبين (٤/٥-٦)، تحفة أهل الطلب (ص١٠٥)، السيل الجرار (٢١٦/٣)، ضمان العدوان (ص١٩١)، قواعد الفقه للروكي (ص٢٣٠).

(٣) الفعل الضار (ص٨١) بتصرف يسير.

(٤) انظر: موسوعة القواعد للندوي (٣٥٧/١). وستأتي دراسة هذه القاعدة صفحة ٣٧٣.

(٥) انظر: الأشباه والنظائرلابن الوكيل (١٤٠/١-١٤١)، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٢٣٥/١٩-٢٥٩).

(٦) انظر: المغني (٤٣٢/٧-٤٣٣)، روضة الطالبين (٣٢٠/٩)، القواعد والأصول الجامعة (ص ٣٧)، ضمان العدوان (ص٢٤٣، ٢٥٥)، الضرر في الفقه الإسلامي (٨٥٦/٢-٨٥٧)، العرف لعادل قوته (١١٠٠/٢).

ثالثاً: سبق وأن ذكرت أن اليد تنقسم إلى قسمين:

الأول: يد الأمانة، وهي - كما سبق[(١)] -: «اليد التي حصل المال في حوزتها بإذن من الشارع أو بإذن من المالك»[(٢)]، وحكم هذه اليد أنها لا تضمن ما تلف تحتها من الأموال إلا إذا تعدت على المال أو فرطت في حفظه[(٣)].

الثاني: يد الضمان، وهي - كما سبق[(٤)] -: «كل يد لم تستند في حوزتها للمال إلى إذن من الشارع أو إذن من المالك»[(٥)]، وحكم هذه اليد أنها تضمن ما يتلف تحتها من الأموال، سواء كان التلف بتعدّ أو تفريط منها أم لم يكن[(٦)].

رابعاً: ذكر العلماء للتفريط في الأمانات صوراً ومظاهر[(٧)]، أذكر منها ما يلي:

---

(١) تقدم كما في صفحة ٩٥ من هذا البحث.

(٢) انظر: شرح المجلة (ص٤٢٤-٤٢٥)، الفروق (٢/٢٠٧، ٤/٢٧)، قوانين الأحكام الشرعية (ص٣٤٨)، المنثور (٢/٣٢٣)، تقرير القواعد (١/٢٩٤، ٣٠٧)، القواعد والأصول الجامعة (ص ٤٤)، الإرشاد للسعدي (ص١٤١)، الضمان في الفقه الإسلامي (١/١٠٣).

(٣) انظر: المبسوط (٢٢/٦٨)، درر الحكام (٢٢/٦٨)، شرح الزرقاني على خليل (٦/١١٤)، روضة الطالبين (٤/٩٦، ٣٢٥، ٥/٢٢٦)، المغني (٩/٢٥٧).

(٤) تقدم كما في صفحة ٩٥ من هذا البحث.

(٥) انظر: بدائع الصنائع (٥/٢٤٨، ٧/٨٠)، الفروق (٢/٢٠٧، ٤/٢٧)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٣٤٨)، المنثور (٢/٣٢٣، ٣٣٢)، تقرير القواعد (١/٢٩٤-٢٩٥)، الإرشاد للسعدي (ص١٤٨)، الضمان في الفقه الإسلامي (١/١٠٣).

(٦) انظر: المراجع السابقة.

(٧) انظر: الدر المختار (٥/٦٦٥-٦٦٩)، شرح الزرقاني على خليل (٦/١١٤-١٢٠)، روضة الطالبين (٦/٣٢٧-٣٤٣)، مغني المحتاج (٣/٨١-٨٨)، منتهى الإرادات (١/٣٨٢-٣٨٤).

١- التقصير في حفظ الأمانة أو تركه[١].

٢- حبس المال عن صاحبه ومنعه إياه عند طلبه مع قدرة الحائز على تسليمه[٢].

٣- خلط الأمانة بغيرها بحيث لا تتميز[٣].

٤- استعمال الأمانة والانتفاع بها دون إذن المالك[٤].

٥- مخالفة مالك الأمانة في حفظها[٥].

٦- تضييع الأمانة وإهمالها[٦].

٧- جحود الأمانة[٧].

٨- ترك الإيصاء بالأمانة، فإذا مرض الأمين مرضا مخوفا فمات قبل أن يوصي بها، فإنه يضمنها مِن تركته؛ وذلك لتفريطه بترك الإيصاء بها[٨].

المطلب الرابع

في المعنى الإجمالي للقاعدة

إن الأمين إذا فرط في الأمانات فأدى ذلك إلى تلفها كلها أو شيء منها: وجب عليه ضمان ما تلف بسبب تفريطه.

---

(١) انظر: المبسوط (٦٨/٢٢)، مجمع الضمانات (٧٨/١، ٣٩٩)، الفروق (٢٠٧/٢).

(٢) انظر: مجمع الضمانات (٢٢٥/١، ٤٦٥).

(٣) انظر: الفوائد الزينية (ص٧٥).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٣٣٤/٦).

(٥) انظر: المرجع السابق (٣٣٧/٦).

(٦) انظر: المرجع السابق (٣٤١/٦)، وتبصرة الحكام (٢٤٦/٢، ٢٤٩).

(٧) انظر: روضة الطالبين (٣٤٢/٦).

(٨) انظر: المرجع السابق (٣٢٩/٦)، والمبسوط (١٣١/١١).

المطلب الخامس

في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة

اتفق فقهاء الحنفية[١] والمالكية[٢] والشافعية[٣] والحنابلة[٤] والظاهرية[٥] على أن الأيدي الأمينة لا تضمن ما تلف في أيديها من الأمانات إلا إذا حصل التعدي أو التفريط من قبل الأمين، فإنه حينئذ يضمن.

لكنهم اختلفوا في تحديد الأيدي الأمينة.

وقد استدلوا على ما ذهبوا إليه بما يلي:

١ - قال تعالى: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ ﴾[٦]، وقال عزّ وجلّ: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾[٧].

وجه الدلالة: إن الله تعالى نهى عباده عن أكل أموال الناس بغير حق، ومن ذلك عدم ضمانهم لما تلف من الأموال بلا تعدٍّ منهم أو تفريط.

---

(١) انظر: الاختيار (٣/٢٩-٣١)، البحر الرائق (٧/٢٧٣-٢٧٤)، مجمع الضمانات (١/٧٨، ٣٩٩، ٤٦٥)، درر الحكام (٢/٢٣٥-٢٣٦).

(٢) انظر: الكافي لابن عبد البر (ص٤٠٧)، الفروق (٢/٢٠٧، ٤/٢٧)، قوانين الأحكام الشرعية (ص٣٤٨-٣٥٠).

(٣) انظر: التهذيب للبغوي (٥/١١٧)، روضة الطالبين (٤/٩٦، ٣٢٥، ٥/٢٢٦، ٦/٣٢٧)، المنثور (٢/٣٢٣).

(٤) انظر: المقنع لابن البنا (٢/٨٥٩)، المغني (٩/٢٥٧)، منتهى الإرادات (١/٢٨٨-٢٨٩، ٣٨٢).

(٥) انظر: المحلى (٧/٩٨، ١٣٧)، السيل الجرار (٣/٢١٦، ٢٨٦، ٣٤١-٣٤٢).

(٦) سورة البقرة، الآية [١٨٨].

(٧) سورة النساء، الآية [٢٩].

وفي هذا يقول الشيخ عبد الرحمن السعدي في تفسير هذه الآية: «ينهى تعالى عباده المؤمنين أن يأكلوا أموالهم بينهم بالباطل، وهذا يشمل أكلها بالغصوب والسرقات وأخذها بالقمار والمكاسب الرديئة»[١].

وقال الشوكاني في حق الأجير -وهو أحد الأيدي الأمينة-: «ولا يضمن إلا إذا حصلت منه جناية أو تفريط. فإن التضمين حكم شرعي يستلزم أخذ مال مسلم معصوم بعصمة الإسلام، فلا يجوز إلا بحجة شرعية، وإلا كان ذلك من أكل أموال الناس بالباطل»[٢].

٢- وقال تعالى: ﴿مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ﴾[٣].

وجه الدلالة: إن الأمين إذا حفظ الوديعة ولم يتعد عليها أو يفرط فإنه محسن، فوجب أن لا يكون عليه سبيل في الضمان[٤].

٣- قال تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا ٱلْأَمَـٰنَـٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا﴾[٥].

٤- عن سمرة ﷺ عن النبي ﷺ قال: **(على اليد ما أخذت حتى تؤديه)**[٦].

٥- عن أبي هريرة ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: **(أدِّ الأمانة إلى من ائتمنك**

---

(١) تيسير الكريم الرحمن (ص١٧٥).

(٢) السيل الجرار (٣/٢٠٠، ٢١٦).

(٣) سورة التوبة، الآية [٩١].

(٤) انظر: المحلى (٧/١٣٧).

(٥) سورة النساء، الآية [٥٨].

(٦) تقدم تخريجه صفحة ١٥٥.

ولا تخن من خانك)[1].

وجه الدلالة من الآية والحديثين السابقين: أن الشارع الحكيم أمر بأداء الأمانة إلى أهلها، ومن لازم الأداء «أن يحفظ ما بيده ولا يفرط فيه ولا يتعدى، فإن فعل ذلك زال ائتمانه وتحتم عليه ضمانه»[2][3].

٦- عن أبي بكرة ﷺ أن النبي ﷺ قال: (إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم بينكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا)[4].

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه: كتاب البيوع والإجارات، باب في الرجل يأخذ حقه من تحت يده (٨٠٥/٣) برقم (٣٥٣٥)، والترمذي في سننه: كتاب البيوع، باب (٥٦٤/٣) برقم (١٢٦٤)، والدارقطني في سننه: (٣٥/٣)، والحاكم في المستدرك (٥٣/٢). وقال الترمذي: حديث حسن غريب، وصححه الحاكم، والألباني في إرواء الغليل (٣٨١/٥). وانظر: التلخيص الحبير (٢٠٩/٣)، السيل الجرار (٢٨٦/٣، ٣٤٢).

(٢) الإرشاد للسعدي (ص١٤١). وانظر: السيل الجرار (٢٨٦/٣-٢٨٧).

(٣) هذا، وقد وجدت بعض النصوص الحديثية التي هي أصرح من الحديثين السابقين في الموضوع، إلا أن العلماء قد حكموا عليها بالضعف، وفي هذا يقول الشوكاني في السيل الجرار (٣٤٢/٣): «ولا يحتاج - مع هذا الأصل - إلى الاستدلال على عدم الضمان بما لم يثبت، كما روى الدارقطني من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: (لا ضمان على مؤتمن)، وما رواه أيضا من طريق أخرى عنه (ليس على المستعير غير المغل ضمان، ولا على المستودع غير المغل ضمان)، فإن في أسانيدهما من لا تقوم به الحجة».
وانظر في تخريجهما والكلام عليهما: سنن الدارقطني (٤١/٣)، السنن الكبرى للبيهقي (٢٨٩/٦)، التلخيص الحبير (٢١٠/٣)، التعليق المغني (٤١/٣) مع سنن الدارقطني، السيل الجرار (٢٨٦/٣).

(٤) تقدم تخريجه صفحة ٨١.

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ بيَّن لنا حرمة الأموال وأنها معصومة بعصمة الإسلام، فلا يحل منها شيء إلا بأمر الشرع، وهذا أمر مجمع عليه(١)، ومن ذلك مال الأمين، فإنه لا يحل أخذ شيء من ماله إلا بدليل شرعي، ولا يوجد دليل شرعي يدل على تضمينه ما تلف في يده بدون تعدٍّ منه أو تفريط، فيبقى على البراءة الأصلية، وهي حرمة ماله وعصمته(٢).

٧- قال النبي ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»(٣).

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ نهى عن الإضرار بالآخرين، ومن ذلك الأمين. فإن تضمينه ما تلف في يده من المال - بدون تعدٍّ منه أو تفريط - إضرار به.

٨- إن الأمين متبرع بحفظ الأمانة من غير نفع يرجع إليه، فلو لزمه الضمان لامتنع الناس من قبول الودائع، وذلك مضرٌّ بالناس، ويؤدي إلى قطع المعروف(٤).

٩- إن الأمين نائب عن المالك في حفظ الأمانة، فكانت يد الأمين كيد المالك في عدم الضمان(٥).

المطلب السادس

في القواعد والضوابط المندرجة تحت القاعدة

يسّر الله لي الوقوف على قواعد وضوابط فقهية تندرج تحت قاعدة: (المفرط ضامن)، أسوقها على النحو التالي:

---

(١) انظر: الإشراف (٢/٣٥٠)، مراتب الإجماع (ص٥٨).

(٢) انظر: المحلى (٧/١٣٧)، السيل الجرار (٣/٢١٦، ٣٤٢).

(٣) تقدم تخريجه صفحة ٨٤.

(٤) انظر: المهذب (١٥/٩) مع المجموع، المغني (٩/٢٥٧).

(٥) انظر: بدائع الصنائع (٦/٣٤)، المهذب (١٥/٩) مع المجموع.

١- قاعدة: من ترك واجبا في الصون ضمن[١].

٢- قاعدة: متى فرط العامل في المال أو اعتدى فعليه ضمانه[٢].

٣- ضابط: العارية مضمونة[٣].

٤- ضابط: الرهن أمانة في يد المرتهن غير مضمون[٤].

٥- ضابط: الضمان لا يجب على الوديع[٥].

٦- قاعدة: الأمانات تنقلب مضمونة بالموت عن تجهيل.

٧- قاعدة: كل ما كان أمانة لا يصير مضمونا بشرطه، وما كان مضمونا لا ينتفي ضمانه بشرطه.

وقد أفردت مباحث خاصة لدراسة هذه القواعد والضوابط - كما سيأتي - ما عدا القاعدتين الأخيرتين، فإن دراستهما ستكون على النحو الآتي:

القاعدة الأولى: الأمانات تنقلب مضمونة بالموت عن تجهيل

ويمكن دراستها على النحو الآتي:

أولاً: في صيغ القاعدة:

لم أجد من نصّ على هذه القاعدة سوى فقهاء المذهب الحنفي، مع أن العمل بها – كما سيأتي – لا يقتصر على هذا المذهب فحسب.

---

(١) ستأتي دراستها إن شاء الله تعالى صفحة ١٨٨.

(٢) ستأتي دراستها إن شاء الله تعالى صفحة ١٩٤.

(٣) ستأتي دراستها إن شاء الله تعالى صفحة ٥٢٠.

(٤) ستأتي دراستها إن شاء الله تعالى صفحة ٦٠٣.

(٥) ستأتي دراستها إن شاء الله تعالى صفحة ٦٢١.

فقد ذكر القاعدة الفقهية أبو بكر السرخسي حيث قال: «التجهيل موجب للضمان»[١]، وقال أيضا: «الأمين بالتجهيل يصير ضامنا»[٢].

كما ذكر ابن نجيم الحنفي القاعدة قائلا: «الأمانات تنقلب مضمونة بالموت عن تجهيل»[٣].

ثانياً: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة:

تنقلب: أي تتحوّل[٤].

تجهيل: لغة: من الجهل وهو نقيض العلم، ويقال: جهل الحق إذا أضاعه، والتجهيل: أن تنسبه إلى الجهل، يقال: (جهّله تجهيلا) إذا نسبه إليه[٥].

واصطلاحاً: عدم تبيين الأمين حال الأمانة والسكوت عليها حتى الموت، مع علمه بعدم علم الوارث بها[٦].

هذا ما يستفاد من كلام علماء المذهب الحنفي، حيث إن هذا المصطلح لم يستعمل في غير مذهبهم.

ثالثاً: في المعنى الإجمالي للقاعدة:

إن الأمانات كالودائع ومال المضاربة وغيرهما - مما لا يضمن إلا بالتعدي والتفريط - تتحول يد قابضها من الأمانة إلى الضمان إذا مات ولم يبين حال

---

(١) المبسوط (١١/١٣١)، وانظر: موسوعة القواعد للبورنو (٣/٢١٢)، موسوعة القواعد للندوي (٢/٨٥).

(٢) المبسوط (٢٢/١٩).

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٣٣)، الفوائد الزينية (ص٣٧)، وانظر: موسوعة القواعد للبورنو (٢/٢٦٦، ٣/٢١٢).

(٤) انظر: المصباح المنير (ص١٩٥)، القاموس المحيط (ص١٦٢).

(٥) انظر: لسان العرب (١١/١٢٩)، المصباح المنير (ص ٤٤).

(٦) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٣٤)، موسوعة القواعد للبورنو (٣/٢١٢).

الأمانة، وكان يعلم أن وارثه لا يعلمها؛ لأن تصرفه هذا يُعَدّ تفريطا في حفظ الأمانة، والتفريط موجب للضمان.

رابعاً: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة:

اتفق الفقهاء من - الحنفية[١] والمالكية[٢] والشافعية[٣] والحنابلة[٤] - على أن الأمين إذا مات مجهّلا للأمانة يصير ضامنا لها[٥].

ويستدل لهم بأدلة القاعدة الكبرى - السابق ذكرها[٦] - التي تندرج تحتها هذه القاعدة؛ لأنها متفرعة عنها.

وقد استدلوا أيضا بأدلة أخرى خاصة بهذه القاعدة هي كما يلي:

١ - إن الأمين صار بالتجهيل متملكا لها؛ لأن اليد المجهولة عند الموت تنقلب يد ملك؛ ولهذا لو شهد الشهود بها كان ذلك بمنزلة الشهادة بالملك حتى يقضي القاضي للوارث والمودع بالتمليك، فيصير ضامنا[٧].

---

(١) انظر: المبسوط (١١/١٢٩)، ١٣١، ٢٢/١٩)، حاشية رد المحتار (٥/٦٦٦)، غمز عيون البصائر (٣/١٤٤).

(٢) انظر: الذخيرة (٦/٥٨)، حاشية البناني مع شرح الزرقاني (٦/١٢٠).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٦/٣٢٩)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٣/١٨٣).

(٤) انظر: المغني (٩/٢٦٩-٢٧٠)، الإنصاف مع المقنع (١٦/٦١، ١٤/١٣٤-١٣٦).

(٥) وقيّده بعضهم بأن الأمين الجهل للأمانة يضمن إذا تمكن من الإيداع أو الوصية، أما إذا لم يتمكن بأن قتل غيلة أو مات فجأة فلا ضمان. انظر: غمز عيون البصائر (٣/١٤٤)، روضة الطالبين (٦/٣٣١)، الإنصاف مع المقنع (١٤/١٣٤-١٣٦).

(٦) صفحة ١٦٠.

(٧) المبسوط (١١/١٢٩) بتصرف يسير، وانظر: حاشية رد المحتار (٥/٦٦٦)، روضة الطالبين (٦/٣٢٩).

٢- إن الأمين بالتجهيل يصير مسلّطا غرماءه وورثته على أخذها، والمودع بمثل هذا التسليط يصير ضامنا، كما لو دل سارقا على سرقتها[(١)].

٣- إن الأمين التزم أداء الأمانة، ومن أداء الأمانة بيانها عند موته وردّها على المالك إذا طلب. فكما يضمن بترك الردّ بعد الطلب يضمن أيضا بترك البيان عند الموت[(٢)]؛ لأن الكل تفريط، والتفريط موجب للضمان.

٤- إن الأمين لما مات مجهّلا للوديعة فقد أتلفها معنى لخروجها من أن تكون منتفعا بها في حق المالك بالتجهيل، وهو تفسير الإتلاف[(٣)].

خامساً: من فروع القاعدة:

١- إذا مرض المودع ولم يبين حال الوديعة فإنه يضمنها[(٤)].

٢- إذا مات عامل المضاربة ولم يعين مال المضاربة فإنه يكون دينا في تركته[(٥)].

٣- إذا مات المرتهن مجهّلا للرهن فإنه يضمن قيمة الرهن في تركته[(٦)].

القاعدة الثانية: كل ما كان أمانة لا يصير مضمونا بشرطه، وما كان مضمونا لا ينتفي ضمانه بشرطه:

ويمكن بيانها على النحو الآتي:

---

(١) المبسوط (١١/١٢٩) بتصرف يسير.

(٢) المرجع السابق.

(٣) بدائع الصنائع (٦/٢١٣) وانظر: روضة الطالبين (٦/٣٢٩).

(٤) انظر: حاشية رد المحتار (٥/٦٦٦)، حاشية البناني مع شرح الزرقاني (٦/١٢٠)، روضة الطالبين (٦/٣٢٩)، المغني (٩/٢٦٩-٢٧٠).

(٥) انظر: غمز عيون البصائر (٣/١٤٧-١٤٨)، الإنصاف مع المقنع (١٤/١٣٤).

(٦) انظر: حاشية رد المحتار (٥/٦٦٦).

أولاً: في صيغ القاعدة:

ذكر العلماء نصوصا فقهية هي بمثابة صيغ لهذه القاعدة، وفيما يلي ذكر ما وقفت عليه من هذه النصوص مرتبة على المذاهب الأربعة حسب الأقدمية:

(أ) المذهب الحنفي:

١ - «اشتراط الضمان على الأمين باطل»(١).

٢ - «شرط الضمان في الأمانة باطل»(٢).

(ب) المذهب المالكي:

١ - «التزام ما يخالف سنة العقود شرعا من ضمان أو عدمه ساقط على المشهور»(٣).

(جـ) المذهب الشافعي:

١ - «الشيء إذا كان حكمه في الأصل على الأمانة فإن الشرط لا يغيره عن حكم أصله»(٤).

٢ - «ما كان أمانة لا يصير بالشرط مضمونا»(٥).

٣ - «شرط الأمانة لا يوجب الضمان»(٦).

---

(١) المبسوط (١٥/٨٤) البحر الرائق (٧/٢٧٤)، الدر المختار مع حاشية رد المحتار (٥/٦٦٤).

(٢) شرح الزيادات (ص١٦١٦) بواسطة موسوعة القواعد للندوي (١/٣٣٣).

(٣) إيضاح المسالك (ص١٠٧).

(٤) معالم السنن (٥/١٩٨).

(٥) التهذيب للبغوي (٤/٦٢)، شرح السنة (٨/٢٢٦) بتصرف يسير.

(٦) روضة الطالبين (٤/٤٠٠).

(د) المذهب الحنبلي:

١- «كل عقد اقتضى الضمان لم يغيره الشرط»[١].

٢- «كل ما كان أمانة لا يصير مضمونا بشرطه، وما كان مضمونا لا ينتفي ضمانه بشرطه»[٢].

٣- «كل ما كان أمانة أو مضمونا لا يزول عن حكمه بالشرط»[٣].

٤- «كل ما كان أمانة لا يزول عن حكمه بشرط ضمانه، أو كان مضمونا لا يزول عن حكمه بالشرط»[٤].

ثانياً: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة:

بشرطه: من الشرط، وهو في اللغة: إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، وجمعه: شروط، والشرَط - بفتح الراء -: العلامة، وجمعه: أشراط[٥].

وفي اصطلاح الأصوليين: ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته[٦].

والشرط قد يكون مشترطا من الشارع، وقد يشترطه أحد العاقدين على الآخر.

والمراد به هنا: ما يشترطه أحد العاقدين على الآخر.

---

(١) المغني (٣٤٢/٧)، الشرح الكبير مع المقنع (٩١/١٥)، المبدع (١٤٥/٥).

(٢) المقنع والشرح الكبير (٩١/١٥-٩٢).

(٣) الإقناع (٥٦١/٢).

(٤) كشاف القناع (٧١/٤).

(٥) انظر: مختار الصحاح (ص٣٣٤)، القاموس المحيط (ص ٨٦٩).

(٦) انظر: شرح تنقيح الفصول (ص٨٢)، روضة الناظر (٢٤٨/١).

ثالثاً: في المعنى الإجمالي للقاعدة:

إنه إذا كان الأصل في العقد أو الشيء الأمانة فإنه لا ينتقل من حكم الأمانة إلى الضمان باشتراط الضمان فيه، وكذلك إذا كان الأصل في العقد أو الشيء الضمان فإنه لا ينتقل إلى حكم الأمانة باشتراط الأمانة فيه.

رابعاً: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة:

اختلف الفقهاء في صحة القاعدة، وهو أنه هل يصحّ اشتراط الضمان على الأمين، واشتراط نفي الضمان عن الضامن أم لا؟ على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن هذا الشرط باطل.

وهو قول الحنفية في المعتمد عندهم[١]، والمالكية على المشهور من مذهبهم[٢]، والشافعية[٣] والحنابلة في رواية هي المذهب[٤]، وهو قول سفيان الثوري[٥][٦]،

---

(١) انظر: المبسوط (١٥/٨٤)، البحر الرائق (٧/٢٧٤)، الدر المختار مع حاشية رد المحتار (٥/٦٦٤)، حاشية رد المحتار (٦/٤٧٩).

(٢) انظر: المدونة (٥/٣٠٣)، المعونة (٢/١١٢٢)، المقدمات الممهدات (٢/٢٥١-٢٥٢، ٤٧٢-٤٧٣)، شرح الزرقاني على خليل (٦/١١٧).

(٣) انظر: التهذيب للبغوي (٤/٦١-٦٢)، العزيز (٥/٣٧٧)، روضة الطالبين (٤/٩٨، ٤٠٠، ٤٣١)، مغني المحتاج (٢/١٣٧، ٢٦٧).

(٤) انظر: المغني (٧/٣٤٢، ٨/١١٥)، الشرح الكبير مع المقنع (١٥/٩١)، المبدع (٥/١٤٥)، كشاف القناع (٤/٧١).

(٥) هو الإمام الفقيه أبو عبد الله سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري الكوفي، من تابعي التابعين، وأحد أصحاب المذاهب الستة المتبوعة، ولد سنة ٩٧هـ، وسمع أبا إسحاق السبيعي وعبد الملك ابن عمير وغيرهما، وروى عنه محمد بن عجلان والأعمش وغيرهما، وله كتاب الجامع، واتفق العلماء على وصفه بالبراعة في العلم بالحديث والفقه والورع والزهد، توفي سنة ١٦١هـ.
انظر: تهذيب الأسماء واللغات (١/٢٢٢)، سير أعلام النبلاء (٧/٢٢٩).

(٦) انظر: الإشراف لابن المنذر (١/٢٦٦)، المغني (٩/٢٥٨).

وإسحاق بن راهويه[(١)(٢)]، وأبو بكر بن المنذر[(٣)(٤)].

ثم اختلف هؤلاء فيما بينهم هل يفسد العقد لبطلان الشرط أم لا؟ على قولين:

الأول: إن الشرط باطل والعقد صحيح، وهو قول الحنفية[(٥)]، والشافعية في العارية[(٦)]، والحنابلة[(٧)].

والثاني: إن الشرط باطل والعقد فاسد، وهو قول المالكية[(٨)] والشافعية في الرهن[(٩)].

القول الثاني: إن هذا الشرط صحيح.

---

(١) هو أحد الأئمة الحفاظ أبو يعقوب إسحاق بن إبراهيم بن مخلد التميمي ثم الحنظلي المروزي، نزيل نيسابور، المعروف بابن راهويه، ولد سنة ١٦١هـ، سمع من ابن المبارك والفضيل بن عياض وغيرهما، وحدث عنه بقية بن الوليد وأحمد بن حنبل وآخرون، توفي سنة ٢٤٣هـ.
انظر: الجرح والتعديل (٢/ ٢٠٩)، طبقات الحنابلة (١/ ١٠٩)، تهذيب التهذيب (١/ ١٩٧-١٩٨).

(٢) انظر: الإشراف لابن المنذر (١/ ٢٦٦)، المغني (٩/ ٢٥٨).

(٣) هو الإمام الفقيه أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، المجمع على إمامته وجلالته ووفور علمه وجمعه بين التمكن في علمي الحديث والفقه، وله المصنفات المهمة النافعة منها: الأوسط والإشراف والإجماع، توفي سنة ٣١٨هـ.
انظر: طبقات الفقهاء للشيرازي (ص١١٨)، تهذيب الأسماء واللغات (٢/ ١٩٦-١٩٧).

(٤) انظر: الإشراف لابن المنذر (١/ ٢٦٦)، المغني (٩/ ٢٥٨).

(٥) انظر: مختصر اختلاف الفقهاء (٤/ ٤٧)، حاشية رد المحتار (٦/ ٤٧٩).

(٦) انظر: العزيز (٥/ ٣٧٧)، روضة الطالبين (٤/ ٤٣١)، مغني المحتاج (٢/ ٢٦٧).

(٧) انظر: المغني (٨/ ١١٥)، المبدع (٥/ ١٤٥).

(٨) انظر: المعونة (٢/ ١١٢٢)، المنتقى (٥/ ١٦٤).

(٩) انظر: التهذيب للبغوي (٤/ ٦١-٦٢)، روضة الطالبين (٤/ ٩٨)، مغني المحتاج (٢/ ١٣٧).

وهـذا قـول الحنفـية في روايـة[١]، والمالكـية في قـول[٢]، وأحمـد[٣] في روايـة[٤]، وهـو قـول قتادة[٥][٦] وداود الظاهـري[٧][٨]، واختاره الشـوكاني[٩]، وعبدالرحمن السعدي[١٠] ومحمد العثيمين[١١].

---

(١) انظر: تبيين الحقائق (٥/٨٥)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٨٥).

(٢) انظر: المقدمات الممهدات (٢/٢٥٢)، إيضاح المسالك (ص١٠٧)، شرح المنهج المنتخب (ص٤١٣، ٤١٥).

(٣) هو إمام أهل السنة أحمد بن محمد بن حنبل، أبو عبدالله، الذهلي الشيباني المروزي ثم البغدادي، ولد سنة ١٦٤هـ، شيوخه هشيم بن بشير وسفيان بن عيينة ويحيى القطان وغيرهم كثير، تلاميذه كثيرون جدا منهم ولداه عبدالله وصالح، وأبو داود السجستاني وأبو بكر المروزي وغيرهم، من مؤلفاته كتاب الزهد، كتاب فضائل الصحابة، كتاب المسند وغيرها، توفي سنة ٢٤١هـ.
انظر: طبقات الحنابلة (١/٤)، سير أعلام النبلاء (١١/١٧٧)، المقصد الأرشد (١/٦٣-٧٠).

(٤) انظر: المغني (٨/١١٥)، الإنصاف مع المقنع (١٥/٩٢).

(٥) هو الإمام أبو الخطاب قتادة بن دعامة السدوسي البصري الضرير، ولد سنة ٦٠هـ، روى عن أنس بن مالك وسعيد بن المسيب وآخرين، وحدث عنه شعبة وأيوب السختياني وغيرهما، توفي سنة ١١٧، وقيل غير ذلك.
انظر: سير أعلام النبلاء (٥/٢٦٩)، تهذيب التهذيب (٨/٣٠٦).

(٦) انظر: الإشراف لابن المنذر (١/٢٦٦، ٢٧١)، المغني (٧/٣٤٢).

(٧) هو الحافظ الفقيه أبو سليمان داود بن علي بن خلف الأصبهاني، الشهير بداود الظاهري، ينسب إليه المذهب الظاهري، سمع من القعنبي ومسدد وغيرهما، وتفقه بإسحاق بن راهويه وأبي ثور، حدث عنه: ابنه محمد وزكريا الساجي، وكان زاهدا، وكان عقله أكثر من علمه، توفي سنة ٢٧٠هـ.
انظر: تذكرة الحفاظ (٢/٥٧٢)، شذرات الذهب (٢/١٥٨)، الإمام داود الظاهري وأثره في الفقه (ص٤٧).

(٨) انظر: الحاوي (٧/١١٨).

(٩) السيل الجرار (٣/١٩٦، ٢٠٣، ٢١٦، ٢١٧، ٢٨٦، ٢٨٧).

(١٠) انظر: المختارات الجلية ضمن المجموعة الكاملة (٤/٢/١٥٩).

(١١) انظر: تقرير القواعد (١/٢٩٥، ٣٠٦ في الحاشية).

القول الثالث: إذا اشترط على الأمين الضمان لأمر خافه المالك من طريق مخوفة أو نهر أو لصوص - أو ما أشبه ذلك - فيلزمه الشرط إن تلف في الأمر الذي خافه واشترط الضمان من أجله، وإن تلف في غيره لم يلزمه الشرط، وهذا قول مطرف(١)(٢) من المالكية.

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١ - عن عائشة(٣) رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال: (**ما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله! من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل، شرط الله أحق وأوثق**)(٤).

---

(١) هو العالم الفقيه مطرف بن عبد الله بن مطرف بن سليمان بن يسار الهلالي، مولى ميمونة أم المؤمنين، وابن أخت الإمام مالك بن أنس، كنيته أبو مصعب، وقيل: أبو عبد الله، وكان أصمّ، روى عن مالك وغيره، وروى عنه أبو زرعة وأبو حاتم والبخاري، وكانوا يقدمونه على أصحاب مالك، توفي سنة ٢٢٠هـ.
انظر: الديباج المذهب (ص٤٢٤)، شجرة النور الزكية (ص٥٧).

(٢) انظر: المقدمات الممهدات (٢/٢٥٢، ٤٧٣).

(٣) هي أم المؤمنين أم عبد الله عائشة بنت أبي بكر الصديق، ولدت بعد المبعث بأربع أو خمس سنين، تزوجها النبي ﷺ وهي بنت ست، ودخل بها وهي بنت تسع، روت عن النبي ﷺ وعن أبيها وعن عمر، وروى عنها من الصحابة: عمر وابنه عبد الله وأبو هريرة، توفيت سنة ٥٨هـ.
انظر: تهذيب الكمال (٣٥/٢٢٧-٢٣٦)، الإصابة (٨/١٣٩-١٤١).

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب المكاتب، باب المكاتب ونجومه في كل سنة نجم (٢/٢٢٤) برقم (٢٥٦٠)، ومسلم في صحيحه: كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق (٢/١١٤١) برقم (١٥٠٤).

وجه الدلالـة: إن الله شرع العقود على صفة معينة. واشتراط شروط تخالف مقتضى العقـود - كإيجاب الضـمان وسقوطه - يعتبر تغييرا للمشروع، فهي شروط ليست في كتاب الله، فتكون باطلة.

نوقش هذا الدليل: بأنه لم يثبت دليل من الكتاب والسنة على تحريم اشتراط إيجاب الضمان في الأمانات أو إسقاطه عن المضمونات.

٢- إن للعقود أصولا مقدرة وأحكاما معتبرة لا تغيرها الشروط عن أحكامها في شرط سقوط الضـمان وإيجابه كالودائع والشركة، لما كانت غير مضمونة بالعقود لا تعتبر مضمونة بالشرط، والقروض والعواري لما كانت مضمونة بالعقد لم يسقط الضمان بالشرط[١].

٣- إن هـذا اشتراط لإيجاب الضمان أو سقوطه بدون وجود سببه، فلا يلزم كما لو اشترط ضمان ما يتلف في يد مالكه[٢].

٤- إن العقـد إذا اقتضـى شيئاً فَشُرِط غيره فإنـه يكـون شـرطا لشـيء ينافي مقتضى العقد، فلا يصح، كما لو شرط في المبيع أن لا يبيعه[٣].

نوقشت هذه الأدلة الثلاثة: بأننا نوافقكم بأن الأصل في عقود الأمانات عدم الضـمان، وفي المضـمونات إيجاب الضـمان، لكـن إذا رضـي الشـخص بإيجاب الضـمان على نفسـه أو إسـقاطه عـن غيره فهذا خالص حقه، ولا يوجد ما يدل على تحريمه، فيبقى الأمر على الأصل في الشروط وهو الجواز والصحة.

---

(١) الحاوي (٦/٢٥٣)، وانظر: التهذيب للبغوي (٤/٦٢)، المغني (٧/٣٤٢-٣٤٣، ٨/١١٥).

(٢) المغني (٩/٢٥٨) بتصرف يسير.

(٣) المبدع (٥/١٤٥) بتصرف يسير. وانظر: المعونة (٢/١١٢٢)، شرح الزرقاني على خليل (٦/١١٧).

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

١- ما جاء عن النبي ﷺ أنه قال: **(المسلمون على شروطهم إلا شرطا حرّم حلالا أو أحل حراما)**[(١)(٢)].

وجه الدلالة: إنه لم يأت دليل على تحريم اشتراط الضمان أو عدمه فيجب الوفاء بهذا الشرط؛ لأن المسلمين على شروطهم.

٢- عن صفوان بن أمية رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ استعار منه يوم خيبر أدرعاً، فقال: أغصبا يا محمد؟ فقال: **(بل عارية مضمونة)**[(٣)(٤)].

وجه الدلالة: إن النبي ﷺ وصف العارية بصفة مخصصة وهي أنها مضمونة لا عارية مطلقة عن الضمان[(٥)] كما هو الأصل فيها، وهذا يدل على صحة اشتراط ضمان العارية على المستعير.

نوقش هذا الدليل: أن هذا «ليس على سبيل الشرط»[(٦)]، و«إنما كان ذكر الضمان في حديث صفوان؛ لأنه كان حديث العهد بالإسلام وجاهلاً بأحكام الدين، فأعلمه رسول الله ﷺ أن من حكم الإسلام أن العواري مضمونة؛ ليقع له الوثيقة بأنها مردودة عليه غير ممنوعة منه في حال»[(٧)].

---

(١) تقدم تخريجه صفحة ٩١.

(٢) انظر: المغني (١١٥/٨)، الإنصاف مع المقنع (٩٢/١٥).

(٣) تقدم تخريجه صفحة ٧٣.

(٤) انظر: السيل الجرار (٢٨٧/٣).

(٥) انظر: نيل الأوطار (٣٣٧/٥).

(٦) شرح السنة (٢٢٦/٨).

(٧) معالم السنن (١٩٨/٥).

ويجاب عنه: أن هذه المناقشة ترد على التسليم بأن حكم الإسلام في العارية أنها مضمونة، ولكن الصحيح - كما سيأتي[1] - من أقوال أهل العلم أن العارية أمانة لا تضمن إلا بتعدٍّ أو تفريط أو شرط؛ لذا فإن هذه المناقشة لا ترد على القول الصحيح.

٣- إن المالك لو أذن في إتلاف ملكه لم يجب على المُتلف ضمانها، فكذلك إذا أسقط الضمان عن الأمين[2].

نوقش هذا الدليل: بأنه «فارق إذا أذن في الإتلاف، فإن الإتلاف فعل يصح الإذن فيه ويسقط حكمه؛ إذ لا ينعقد موجبا للضمان مع الإذن فيه، وإسقاط الضمان ههنا نفي للحكم مع وجود سببه، وليس ذلك للمالك ولا يملك الإذن فيه»[3].

ويجاب عنه: بأنه لا يوجد دليل صحيح صريح يدل على منع المالك من خالص حقه في إسقاط الضمان.

٤- إن الأصل في العقود رضا المتعاقدين، وموجبها هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد؛ لأن الله قال في كتابه العزيز: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[4]، وقال: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا﴾[5][6]، فإذا

---

(١) في صفحة ٥٢٠.

(٢) انظر: المغني (٧/٣٤٢).

(٣) المرجع السابق (٧/٣٤٣).

(٤) سورة النساء، الآية [٢٩].

(٥) سورة النساء، الآية [٤].

(٦) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٢٩/١٥٥).

رضي الشخص باشتراط إيجاب الضمان على نفسه أو إسقاط ضمان ملكه عن غيره كان مجرد هذا الرضا مسوغا لهذا الشرط[١].

أدلة القول الثالث:

لم أقف على دليل لهذا القول، ولعل قائله يرى أن وجود السبب للاشتراط مسوغ له، بخلاف ما إذا لم يوجد سبب للاشتراط.

القول المختار:

يظهر لي – بعد ذكر الأقوال في المسألة وأدلتها ومناقشتها – صحة ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني: من اعتبار اشتراط الضمان على الأمين أو نفيه عن الضامن شرطا لازما صحيحاً؛ وذلك للأمور التالية:

١- صحة أدلة أصحاب القول الثاني، وقوتها وسلامتها من الاعتراضات.

٢- ضعف أدلة أصحاب القول الأول، ووجود الاعتراضات والأجوبة الصحيحة عليها.

٣- عدم وجود أدلة للقول الثالث.

وبهذا يتبين لنا ضعف هذه القاعدة المندرجة. والله تعالى أعلم.

خامساً: من فروع القاعدة:

يتفرع على هذه القاعدة مسائل كثيرة، أذكر شيئاً منها على النحو التالي:

١- إذا اشترط المؤجر على المستأجر ضمان العين فالشرط فاسد[٢].

٢- إذا اشترط الصانع أنه لا ضمان عليه لم ينفعه شرط، وكان عليه الضمان[٣].

---

(١) انظر: السيل الجرار (٣/١٩٦، ٢٨٦، ٢٨٧).

(٢) المغني (٨/١١٤).

(٣) المقدمات الممهدات (٢/٢٥١).

٣- إذا شرط رب الوديعة على المستودع ضمان الوديعة فقبله أو قال: أنا ضامن لها: لم يضمن[١].

٤- لو رهن بشرط كونه مضمونا على المرتهن فسد الشرط والرهن، ولا يكون مضمونا عليه[٢].

٥- إذا شرط المستعير على المعير عدم ضمان العارية لم يصح الشرط[٣].

٦- إذا شرط رب المال على العامل ضمان الخسران كان العقد فاسدا[٤].

٧- لا يجوز في سندات المقارضة المعمول بها في البنوك أن تشتمل نشرة الإصدار أو الصكوك على نص بضمان عامل المضاربة رأس المال، أو ضمان ربح مقطوع أو منسوب إلى رأس المال. فإن وقع النص على ذلك صراحة أو ضمناً بطل شرط الضمان، واستحق المضارب ربح مضاربة المثل[٥].

المطلب السابع

من فروع القاعدة

يندرج تحت القاعدة فروع كثيرة، أذكر منها ما يلي:

١- إذا استأجر رجل حمارين فاشتغل بحمل أحدهما، فضاع الآخر ثم هلك، فإن المستأجر يضمن[٦].

---

(١) المغني (٢٥٨/٩). وانظر: البحر الرائق (٢٤٧/٧)، حاشية رد المحتار (٦٦٤/٥).

(٢) روضة الطالبين (٩٨/٤).

(٣) انظر: العزيز (٣٧٧/٥)، المغني (٣٤٢/٧).

(٤) المعونة (١١٢٢/٢). وانظر: المنتقى (١٦٤/٥).

(٥) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي (ص٦٩-٧٠) بتصرف يسير.

(٦) انظر: مجمع الضمانات (٧٨/١).

٢- اللقطة أمانة في يد الملتقط لا يضمنها إلا بالتعدي عليها أو بالمنع عند الطلب[١].

٣- إذا طلب الوديعة صاحبها فامتنع المودع وحبس الوديعة عنده مع قدرته على تسليمها ثم تلفت الوديعة، فإن المودع يضمنها[٢].

٤- سبيل البضاعة سبيل الوديعة، لا ضمان على قابضها إلا أن يتعدى أو يخالف ما أمر به، فيضمن، والمُبْضَع معه وكيل[٣].

٥- لا يضمن العامل في القراض ولا الأجير فيما استؤجر عليه إلا إذا حصل التعدي أو التفريط[٤].

٦- الرهن أمانة في يد المرتهن، لا يضمنها إلا بتعدٍّ أو تفريط[٥].

٧- إذا اصطدمت سفينتان فغرقتا: ضمن كلٌّ سفينة الآخر وما فيها إن فرط، وإن كانت إحداهما واقفة ضمنها قَيِّم السائرة إن فرَّط[٦].

٨- إذا تسببت البهائم في حوادث السير في الطرقات؛ فإن أرباب البهائم يضمنون الأضرار التي تنجم عن فعلها إن كانوا مقصرين في ضبطها، والفصل في ذلك إلى القضاء[٧].

---

(١) المرجع السابق (١/٤٦٥).

(٢) المرجع السابق (١/٢٢٥) بتصرف. وانظر: روضة الطالبين (٦/٣٤٣-٣٤٤).

(٣) الكافي لابن عبد البر (ص٤٠٥).

(٤) انظر: قوانين الأحكام الشرعية (ص٣٤٨-٣٥٠)، منتهى الإرادات (١/٣٥٠)، قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي (ص٦٩-٧٠).

(٥) منتهى الإرادات (١/٢٨٨-٢٨٩).

(٦) انظر: المرجع السابق (١/٣٧٥).

(٧) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي (ص١٦٣).

٩- إذا استأجر سيارة فأوقفها في مكان غير مأمون فتلفت أو سرقت: وجب عليه ضمانها بسبب تفريطه.

١٠- إذا استعار كتابا من شخص فوضعه على مائدة الطعام فسقط عليه الإناء المملوء بالطعام فتلف به: كان على المستعير ضمانه لتفريطه.

المبحث الثالث

قاعدة: من ترك واجباً في الصون ضمن

هذه القاعدة - كما سبق - إحدى القواعد المندرجة تحت قاعدة (المفرط ضامن)، وقد كانت دراستها على النحو الآتي:

المطلب الأول

في صيغ القاعدة

وردت بعض النصوص الفقهية الناطقة بهذه القاعدة، والتي هي بمثابة صيغ لها. وإليك ما تمّ الوقوف عليه من هذه النصوص مرتبة حسب سنوات وفيات قائليها:

أولاً: ما ذكره أبو العباس القرافي حيث يقول: «من ترك واجبا في الصون ضمن»(١).

ثانياً: ما جاء في كتاب الاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية: «ترك الواجبات عندنا في الضمان كفعل المحرمات»(٢).

ثالثاً: ما ذكره بدر الدين الزركشي حيث يقول: «الترك فعل إذا قصد»(٣).

رابعاً: ما نقله ابن حجر العسقلاني(٤) عن بعض العلماء بأن «الترك كالفعل

---

(١) الفروق للقرافي (٢/٢٠٧). وانظر: شرح مشكل الآثار (١٥/٤٦٥).

(٢) الاختيارات الفقهية (ص١٠٣، ١٥٨).

(٣) المنثور (١/٢٨٤).

(٤) هو الحافظ أبو الفضل شهاب الدين أحمد بن علي بن محمد بن محمد الكناني العسقلاني، ولد سنة ٧٧٣هـ اشتهر بابن حجر، وهو لقب لأحد آبائه، سمع من إبراهيم العطار وعمر بن الملقن وآخرين، وأخذ عنه: أحمد بن أبي بكر البوصيري ومحمد السخاوي وغيرهما، له مؤلفات كثيرة نافعة منها: "فتح الباري" و"تقريب التهذيب"، توفي سنة ٨٥٢هـ.
انظر: الجواهر والدرر، طبقات الحفاظ (ص٥٥٢-٥٥٣).

في باب الضمان»[١].

خامساً: ذكر أبو العباس الونشريسي[٢] صيغة استفهامية عامة – غير خاصة بالضمان – حيث قال: «قاعدة: الترك هل هو كالفعل أم لا؟»[٣].

المطلب الثاني

في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة

ترك: من التَّرْك، وهو ودع الشيء وتخليته[٤].

الصون: من صان الشيء صونا وصيانة وصيانا، وهو الحفظ والوقاية[٥].

المطلب الثالث

في المعنى الإجمالي للقاعدة

إن الأمين إذا ترك الحفظ الواجب في الأمانة فترتب على ذلك ضرر، فإن الأمين يتحمل ضمانه.

---

(١) فتح الباري (٥/١١٨).

(٢) هو الفقيه أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي التلمساني ثم الفاسي، أخذ عن أبي الفضل القصباني وأبي عبدالله الجلاب وابن مرزوق الكفيف وجماعة، وأخذ عنه ابنه عبدالواحد وأبوزكريا السويس ومحمد بن عبد الجبار وآخرون، له مؤلفات: "إيضاح المسالك في قواعد الإمام مالك" و"المعيار المعرب في الفتاوى" و"تعليق على ابن الحاجب"، توفي سنة ٩١٤هـ.
انظر: شجرة النور الزكية (ص٢٧٤)، معجم المؤلفين (١/٣٢٥).

(٣) إيضاح المسالك (ص٧٧). وانظر: شرح المنهج المنتخب (ص٢٢٥)، المنهج إلى المنهج (ص٤١).

(٤) انظر: لسان العرب (١٠/٤٠٥)، القاموس المحيط (ص ١٢٠٧).

(٥) انظر: لسان العرب (١٣/٢٥٠)، المصباح المنير (ص ١٣٥).

المطلب الرابع

في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة

اتفق فقهاء الحنفية[1] والمالكية[2] والشافعية[3] والحنابلة[4][5] على أن الأمين يتحمل ضمان الضرر الناتج عن تركه للحفظ الواجب في الأمانة.

واستدلوا على ذلك بما يلي:

١- قال النبي ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»[6][7].

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ نهى عن الإضرار بالآخرين، ومن ذلك ترك الحفظ الواجب الذي يترتب عليه ضرر بالآخرين، فكان على المتسبب في الضرر – وهو التارك للحفظ – الضمان.

---

(١) انظر: شرح مشكل الآثار (١٥٤٦٥)، بدائع الصنائع (٦/٢١١)، اللباب للمنبجي (٢/٧٢٧)، مجمع الضمانات (١/٧٨، ٣٩٩).

(٢) انظر: الإشراف (٢/٦٢٦)، الفروق (٢/٢٠٧)، تبصرة الحكام (٢/٢٤٦، ٢٤٩)، شرح المنهج المنتخب (ص٢٢٥-٢٢٧)، المنهج إلى المنهج (ص٤١-٤٢).

(٣) انظر: العزيز (٣/٤٩٨) روضة الطالبين (٦/٣٢٩-٣٣٢)، المنثور (١/٢٨٤)، فتح الباري (٥/١١٨)، مغني المحتاج (٣/٨٣).

(٤) انظر: المغني (١٣/٣٣٩)، الاختيارات الفقهية (ص١٥٨، ٣٠١)، القواعد والفوائد الأصولية (ص٦٢-٦٣)، المبدع (٥/٢٥)، منتهى الإرادات (١/٣٨٢).

(٥) انظر: السيل الجرار (٣/٣٤٢).

(٦) سبق تخريجه صفحة ٨٤.

(٧) انظر: موسوعة القواعد للندوي (١/٣٥٣).

٢- عن المغيرة بن شعبة[١] ﷺ أن النبي ﷺ كان ينهى عن قيل وقال وكثرة السؤال وإضاعة المال، وكان ينهى عن عقوق الأمهات ووأد البنات ومنع وهات[٢].

وجه الدلالة: أن ترك الحفظ الواجب أحد أسباب إضاعة المال، فإذا أدّى ذلك إلى الإتلاف أو النقص، تحمل التاركُ الضمانَ؛ لأنه تسبب في الإتلاف[٣].

٣- لأن هذا تركٌ لواجب عليه، وهو المحافظة على مال أخيه المسلم مع قدرته على ذلك، ومن ترك واجبا فترتب على تركه ضرر مباشر ضمن[٤].

٤- لأن ترك الحفظ أحد صور التفريط كما مر معنا، والتفريط نوع من أنواع التسبب في الإتلاف، والإتلاف سبب من أسباب الضمان كما مر معنا.

المطلب الخامس

من فروع القاعدة

يندرج تحت القاعدة فروع كثيرة، أذكر منها ما يلي:

١- إذا رأى المودع عنده إنسانا يسرق الوديعة وهو قادر على منعه فلم يمنعه: ضمن؛ لترك الحفظ الملتزم بالعقد[٥].

---

(١) هو الصحابي الجليل المغيرة بن شعبة بن أبي عامر بن مسعود الثقفي، يكنى بأبي عيسى، وقيل غير ذلك، أسلم قبل عمرة الحديبية، وشهدها وبيعة الرضوان، روى عنه: مسروق وقبيصة بن ذؤيب وغيرهما، تولى بعض البلدان في عهد عمر وعثمان ومعاوية رضي الله عنهم، توفي سنة ٥٠هـ، وقيل غير ذلك.

انظر: معجم الصحابة (٨٧/٣)، سير أعلام النبلاء (٢١/٣)، الإصابة (١٣١/٦-١٣٢).

(٢) تقدم تخريجه صفحة ١٣٢.

(٣) انظر: المغني (٢٧٥/٩).

(٤) الضمان في الفقه الإسلامي (٤١/١).

(٥) انظر: بدائع الصنائع (٢١١/٦).

٢- إذا مرّ على حبلة فوجد فيها صيدا يمكنه تخليصه وحوزه لصاحبه فتركه حتى مات، فإنه يضمنه[١].

٣- إذا مرّ بلقطة يعلم أنه إذا تركها أخذها من يجحدها وجب عليه أخذها، وإن تركها حتى تلفت مع قدرته على أخذها ضمنها[٢].

٤- إذا أودع عنده بهيمة ولم يأمره أن يعلفها، فإن تركها ولم يعلفها فتلفت ضمن[٣].

٥- يضمن أهل البهائم ما أفسدت بهائمهم من الزرع وغيره إذا كان أهلها مهملين لها[٤].

٦- إذا ترك العامل في المزارعة السقي ففسد الزرع فإن الضمان يلزمه[٥].

٧- إذا مرض المودع مرضا مخوفا لزمه أن يوصي بها، فإن تركه ضمن[٦].

٨- إذا كتم الشخص ما يجب بيانه - كالبائع المدلس والمؤجر المدلس والناكح المدلس وغيرهم من المدلسين - فإنهم يضمنون ما ترتب على ذلك من ضرر. وكذلك الشاهد والمخبر الواجب عليه الإخبار بما علمه، والمفتي والحاكم ونحوهم؛ إذا كتموا الحق فإنهم يضمنون[٧].

---

(١) انظر: الفروق (٢/٢٠٧).

(٢) المرجع السابق.

(٣) انظر: الإشراف (٢/٦٢٦)، المنثور (١/٢٨٤).

(٤) انظر: اللباب للمنبجي (٢/٧٢٧)، تبصرة الحكام (٢/٢٤٦، ٢٤٩).

(٥) انظر: المنثور (١/٢٨٤).

(٦) انظر: روضة الطالبين (٦/٣٢٩).

(٧) انظر: الاختيارات الفقهية (ص٣٠١)، كشاف القناع (٦/١٢٥).

٩- إذا قدر الإنسان على إنجاء شخص بإطعام أو سقي فلم يفعل فمات ضمنه[١].

١٠- إذا اضطرت بهيمة أجنبي إلى طعام شخص، ولا ضرر يلحقه ببذله، فمنعها حتى ماتت، فإنه يضمن[٢].

١١- من قدر على تخليص مال - ولو بشهادة أو وثيقة - من التلف، فلم يفعل: وجب عليه ضمانها[٣].

١٢- إذا ترك المالك صيانة بيته المؤجر فتهدم، فإنه يتحمل ضمان الضرر، وليس على ساكنه ومستأجره شيء[٤].

١٣- إذا أوقف شخص سيارته في غير المحل المعد لوقوف السيارات، وترتب على ذلك الوقوف ضرر: ضمنه مالك السيارة؛ لأنه أهمل النظام وترك الالتزام الواجب فتسبب في الضرر[٥].

١٤- إذا خالف شخص أنظمة المرور التي تحتم الاتجاه ذات اليمين في السير فانطلق ذات الشمال، وترتب على ذلك أضرار: فإنه يضمنها؛ لأنه ترك الواجب الذي يقتضي اتباع أنظمة المرور[٦].

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي (٤/٢٩، ٢٤٢)، شرح المنهج المنتخب (ص٢٢٥-٢٢٧)، مغني المحتاج (٤/٣٠٩)، المغني (١٣/٣٣٩)، الاختيارات الفقهية (ص٣٠١).

(٢) انظر: القواعد والفوائد الأصولية (ص٦٣).

(٣) انظر: إيضاح المسالك (ص٧٧).

(٤) انظر: موسوعة القواعد للندوري (١/٣٥٤).

(٥) انظر: نظرية الضمان لمحمد فوزري (ص١٨٥).

(٦) انظر: المرجع السابق.

المبحث الرابع

قاعدة: متى فرط العامل في المال أو اعتدى فعليه ضمانه

تندرج هذه القاعدة الفقهية تحت قاعدتين كليتين تقدم ذكرهما[1]، وهما قاعدة: الضمان منوط بالتعدي، وقاعدة: المفرط ضامن.

وقد يسر الله لي دراستها في المطالب التالية:

المطلب الأول

في صيغ القاعدة

وردت بعض النصوص الفقهية المتضمنة لهذه القاعدة، والتي هي بمثابة صيغ لها، أسوقها إليك مرتبة حسب سنوات وفيات قائليها:

أولاً: قال أبو الحسن الماوردي: «العامل مؤتمن في مال القراض، فلا يتعلق به الضمان»[2].

ثانياً: قال أبو محمد بن قدامة: «العامل أمين لا ضمان عليه فيما تلف بغير تعدٍّ»[3].

ثالثاً: قال شيخ الإسلام ابن تيمية: «متى فرط العامل في المال أو اعتدى فعليه ضمانه»[4].

رابعاً: ما جاء في كتاب المعيار المعرب في الفتاوى: «الأصل أمانة العامل بائتمان الدافع إليه»[5].

---

(١) كما في صفحة ١٤٧، ١٦٠.

(٢) الحاوي (٧/٣٢٣).

(٣) الكافي لابن قدامة (٣/٣٥٧).

(٤) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٣٠/٨٨).

(٥) المعيار المعرب (٨/٢١٢).

خامساً: قال أبو النجا الحجاوي[١]: «العامل أمين، لا ضمان عليه فيما تلف بغير تعدّ ولا تفريط»[٢].

المطلب الثاني

في المعنى الإجمالي للقاعدة

الأصل أن العامل أمين، لا يضمن المال عند التلف إلا إذا حصل منه تعدٍّ أو تفريط.

المطلب الثالث

في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة

لم يتكلم الفقهاء على القاعدة في كتب القواعد، وإنما تكلموا عليها في كتب الفروع الفقهية؛ ولهذا فإنه لا بد من دراسة أحد الفروع الفقهية لكي نتعرف على أقوالهم في القاعدة. ولما كانت جميع صيغ القاعدة مأخوذة من كلامهم على عامل القراض، رأيت أن أبيّن أقوال الفقهاء في عامل القراض من حيث الضمان وعدمه.

---

(١) هو الفقيه شرف الدين أبو النجا موسى بن أحمد بن موسى بن سالم الحجاوي المقدسي ثم الصالحي، ولد سنة ٨٩٥هـ، قرأ على مشايخ عصره، ولازم العلامة الشويكي في الفقه حتى تمكن فيه، ودرس عليه أحمد بن مشرف وزامل بن سلطان وعثمان بن أبي حمدان وغيرهم كثير، له مؤلفات منها: "الإقناع" و"زاد المستقنع في اختصار المقنع" وحاشية التنقيح وغيرها، توفي سنة ٩٦٨هـ.

انظر: شذرات الذهب (٨/٣٢٧)، السحب الوابلة (٣/١١٣٤).

(٢) الإقناع (٢/٤٦٦).

لا خلاف بين الفقهاء في أن العامل في القراض أمين، لا يضمن المال إذا تلف إلا إذا حصل منه تعدٍّ أو تفريط(١).

ويستدل لهم – زيادة على دليل نفي الخلاف بين الفقهاء(٢) – بأدلة قاعدتي: (الضمان منوط بالتعدي) و(المفرط ضامن)، وذلك لاندراج هذه القاعدة تحت كل من القاعدتين. والله تعالى أعلم.

المطلب الرابع

من فروع القاعدة

١- لا ضمان على العامل في المضاربة فيما تلف من المال - ولو تلف كله - ولا فيما خسر فيه، ولا شيء على رب المال إلا أن يتعدى أو يضيع فيضمن(٣).

٢- إن العامل في القراض مصدق دون يمين فيما يقوله فيما ادعي عليه من وجه يجب عليه به الضمان، إلا أن يكون متهما فيجب عليه اليمين(٤).

٣- إن العامل في المساقاة أمين لا يضمن ما تلف من الزرع إلا إن تعدّى أو فرط(٥).

---

(١) انظر: المبسوط (٢٢/١٩، ٦٨، ١٠٧-١٠٨)، بدائع الصنائع (٨٧/٦)، المنتقى (١٦٤/٥)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٣٤٨)، المعيار (٢١٢/٨-٢١٣)، الحاوي (٣٢٣/٧)، التهذيب للبغوي (ص٣٨٦)، مغني المحتاج (٣٢٢/٢)، المغني (١٨٤/٧)، منار السبيل (٤٠٤/١)، المحلى (٩٨/٧).

(٢) انظر: المنتقى (١٦٤/٥)، المغني (١٨٤/٧-١٨٥).

(٣) المحلى (٩٨/٧).

(٤) قوانين الأحكام الشرعية (ص ٣٤٩) بتصرف يسير. وانظر: المغني (١٨٤/٧).

(٥) انظر: المغني (٥٤٧/٧).

٤- لا يجوز في سندات المقارضة المعمول بها في البنوك أن تشتمل نشرة الإصدار أو الصكوك على نص بضمان عامل المضاربة رأس المال أو ضمان ربح مقطوع أو منسوب إلى رأس المال، فإن وقع النص على ذلك صراحة أو ضمنا بطل شرط الضمان واستحقّ المضارب ربح مضاربة المثل[1].

٥- إذا استأجر رجل عاملاً خاصا يعمل له، فلا ضمان على العامل فيما يتلف في يده، ما لم يتعدّ أو يفرط[2].

---

(١) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي (ص٦٩-٧٠) بتصرف يسير.

(٢) انظر: الإقناع للحجاوي (٥٣٠/٢).

الفصل الثالث

القواعد المتعلقة بسبب العقد واليد

وفيه خمسة مباحث:

المبحث الأول: قاعدة: الخراج بالضمان، وقاعدة: الغرم بالغنم.

المبحث الثاني: قاعدة: فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه.

المبحث الثالث: قاعدة: كل يد ترتبت على يد الغاصب فهي يد ضمان.

المبحث الرابع: قاعدة: يضمن بالعقد وباليد الأموال المحضة المنقولة إذا وجد فيها النقل.

المبحث الخامس: قاعدة: الزعيم غارم.

المبحث الأول

قاعدة: الخراج بالضمان وقاعدة: الغرم بالغنم

هذه القاعدة الفقهية من القواعد الكلية المهمة المتعلقة بأبواب المعاملات المالية، وهي تعبر عن أحد المبادئ المهمة في الشريعة الإسلامية، ألا وهو مبدأ العدل. وفيما يلي دراسة مفصلة لهذه القاعدة.

المطلب الأول

في صيغ القاعدة

هذه القاعدة الفقهية الجليلة عبارة عن نص حديث نبوي شريف - يأتي تخريجه قريبا - تلقاه العلماء بالقبول، وذكروا له الصيغ الكلية والنصوص الفقهية المفسرة له والدالة عليه. وإليك ذكر ما وقفت عليه من هذه الصيغ والنصوص:

١- «الخراج بالضمان»:

نص على هذه الصيغة كل من ابن نجيم الحنفي[١] وأصحاب مجلة الأحكام العدلية[٢] وأحمد المنجور[٣] وعبد الوهاب بن السبكي[٤] وبدر الدين الزركشي[٥]

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص١٢٧).

(٢) درر الحكام (١/ ٨٨).

(٣) شرح المنهج المنتخب (ص٥١٩)

(٤) الأشباه والنظائر لابن السبكي (٢/ ٤٠-٤١).

(٥) المنثور (٢/ ١١٩).

وجلال الدين السيوطي[(١)][(٢)].

٢- «من ضمن مالا فله ربحه»:

نص على هذه الصيغة شريح القاضي[(٣)][(٤)].

٣- «إنما تملك الغلة بالضمان في الملك الصحيح»:

نصّ على هذه الصيغة الإمام الشافعي[(٥)].

٤- «الغلة لا تكون للمبتاع إلا بالضمان»:

نصًّ على هذه الصيغة أبو الوليد بن رشد الجد[(٦)][(٧)].

---

(١) هو الشيخ العالم صاحب التصانيف الكثيرة، جلال الدين أبو الفضل عبد الرحمن بن أبي بكر ابن محمد الأسيوطي الشافعي، ولد سنة ٨٤٩هـ وأخذ العلم عن الْعَلَم البلقيني والشرف المناوي وجماعة، من مؤلفاته: "الدر المنثور" و"الأشباه والنظائر" وغيرهما، توفي سنة ٩١١هـ.
انظر: الكواكب السائرة (١/٢٢٦-٢٣١)، البدر الطالع (١/٣٢٨-٣٣٥).

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٣٥).

(٣) هو الفقيه القاضي أبو أمية شريح بن الحارث بن قيس الكندي الكوفي، وقيل في اسم أبيه غير ذلك، حدث عن عمر وعلي وابن مسعود وغيرهم، وروى عنه: الشعبي وإبراهيم النخعي وقيس بن أبي حازم وغيرهم، استقضاه عمر على الكوفة فمكث بها قاضيا خمساً وستين سنة، توفي سنة ٧٨هـ وقيل غير ذلك.
انظر: سير أعلام النبلاء (٤/١٠٠-١٠٦)، البداية والنهاية (٩/٧٩)، تهذيب التهذيب (٤/ ٢٩٧-٢٩٩).

(٤) أخبار القضاة (٢/٣١٩).

(٥) الأم (٤/٤).

(٦) هو القاضي الفقيه أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي المالكي، ولد سنة ٤٥٠هـ، درس على ابن رزق وأبي عبد الله بن الفرج، وأبي مروان بن سراج، ومن تلاميذه: القاضي عياض وأبو بكر الإشبيلي وأبو الوليد بن خيرة، وله مؤلفات منها: البيان والتحصيل، والمقدمات الممهدات، واختصار مشكل الآثار للطحاوي، توفي سنة ٥٢٠هـ.
انظر: الديباج المذهب (ص٣٧٣)، شجرة النور الزكية (ص١٢٩)، معجم المؤلفين (٣/٤٦).

(٧) البيان والتحصيل (٧/٤٤٥).

٥- «الغنم بالغرم»:

نص على هذه الصيغة كل من: أبي بكر السرخسي[١] وعبد الوهاب بن السبكي[٢] وبدر الدين الزركشي[٣] وجلال الدين السيوطي[٤].

٦- «النعمة بقدر النقمة»:

نصّ على هذه الصيغة أصحاب مجلة الأحكام العدلية[٥].

٧- «يستحق الربح إما بالمال وإما بالعمل وإما بالضمان»:

ذكر هذه الصيغة بالمعنى كل من: أبي بكر الكاساني وأصحاب مجلة الأحكام العدلية[٦].

وأما قاعدة (الغرم بالغنم): فإنها وإن جاءت على عكس قاعدة (الخراج بالضمان) - أي الغنم بالغرم - في اللفظ إلا أن المعنى فيهما متفق، وقد ذكر العلماء لهذه القاعدة صيغا كلية ونصوصا فقهية أسوقها كما يلي:

١- «الغرم بالغنم»:

نصّ على هذه الصيغة كل من: أبي سعيد الخادمي وأصحاب مجلة الأحكام العدلية[٧].

---

(١) انظر: المبسوط (١٣/ ٨٠).

(٢) الأشباه والنظائر لابن السبكي (٢/ ٤١).

(٣) المنثور (٢/ ١١٩).

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي (٢/ ٤١).

(٥) درر الحكام (١/ ٩٠).

(٦) انظر: بدائع الصنائع (٦/ ٦٢)، درر الحكام (٣/ ٣٦٢).

(٧) مجامع الحقائق (ص٣٢٦)، درر الحكام (١/ ٩٠). وانظر: المبسوط (٢٢/ ٦٧، ٢٣/ ٥٢، ٢٧/ ١٨٨، ٣٠/ ٤٣).

٢- «من كان الشيء له كانت نفقته عليه»:

نصّ على هذه الصيغة شيخ الإسلام ابن تيمية(١).

٣- «من ملك الغنم كان عليه الغرم»:

نصّ على هذه الصيغة يوسف بن عبد الهادي(٢)(٣).

٤- «النقمة بقدر النعمة»:

نصّ على هذه الصيغة أصحاب مجلة الأحكام العدلية(٤).

٥- «كل مشترك نماؤه للشركاء ونفقته عليهم ونقصه عليهم»:

المطلب الثاني

في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة

الخراج: هو غلة الشيء ودخله ومنفعته، ومنه قوله تعالى: ﴿ أَمْ تَسْأَلُهُمْ خَرْجًا فَخَرَاجُ رَبِّكَ خَيْرٌ﴾(٥)، ومثاله: كسب العبد وأجرة الدابة ونسلها ودرها وثمر الشجر(٦).

---

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (١٠٦/٣٤).

(٢) هو المحدث الفقيه جمال الدين أبو المحاسن وأبو عمر يوسف بن حسن بن أحمد بن حسن بن عبدالهادي الدمشقي الصالحي، المعروف بـ(ابن المبْرِد)، ولد سنة ٨٤٠هـ، وقيل: سنة ٨٤٧هـ، حفظ القرآن وبعض المتون، سمع من والده والنظام بن مفلح وتقي الدين بن قندس وغيرهم، له مؤلفات نافعة منها: "مغني ذوي الأفهام عن الكتب الكثيرة في الأحكام" و"جمع الجوامع" في الفقه، وغيرهما، توفي سنة ٩٠٩هـ.

انظر: الكواكب السائرة (٣١٦/١)، شذرات الذهب (٤٣/٨)، السحب الوابلة (١١٦٥/٣).

(٣) مغني ذوي الأفهام (ص١٨١).

(٤) درر الحكام (٩٠/١).

(٥) سورة المؤمنون، الآية [٧٢].

(٦) انظر: الزاهر (ص٣٠٤، ٣٢٠)، معالم السنن (١٥٨/٥)، النهاية لابن الأثير (١٩/٢)، القاموس المحيط (ص٢٣٧-٢٣٨).

بالضمان: الباء هنا متعلقة بمحذوف تقديره: الخراج مستحق بالضمان، أي بسببه، والمراد بالضمان ههنا تحمل ما يقع على السلعة من تلف أو نقص و خسارة[١].

الغرم: هو الخسران والنقص والهلكة[٢].

بالغنم: أي بالربح والفضل والمنفعة[٣].

المطلب الثالث

في المعنى الإجمالي للقاعدة

معنى قاعدة (الخراج بالضمان): هو «أن المبيع إذا كان له دخل وغلة فإن مالك الرقبة – الذي هو ضامن الأصل – يملك الخراج بضمان الأصل، فإذا ابتاع الرجل أرضا فأشغلها أو ماشية فنتجها أو دابة فركبها أو عبدا فاستخدمه، ثم وجد به عيبا، فله أن يرد الرقبة ولا شيء عليه فيما انتفع به؛ لأنها لو تلفت ما بين مدة العقد والفسخ لكانت من ضمان المشتري، فوجب أن يكون الخراج من حقه»[٤].

وبعبارة أخرى أعم: «أن استحقاق الخراج سببه تحمل الضمان، أي: تحمل تبعة الهلاك. فمنافع الشيء وغلته يستحقها من يكون هو المتحمل لخسارة هلاك ذلك الشيء لو هلك، فيكون استحقاق الثمرة في مقابل تحمل الخسارة»[٥].

وأما قاعدة (الغرم بالغنم): «فهي تعبر عن عكس القاعدة السابقة (الخراج بالضمان، فتفيد أن الضمان أيضاً بالخراج، أي: أن التكاليف والخسارة التي

---

(١) انظر: النهاية لابن الأثير (٢/١٩)، الأشباه والنظائر للسبكي (٢/٢١٤).

(٢) انظر: الزاهر (ص٣٢٤)، تهذيب الأسماء واللغات (٣/٢/٦٤)، المصباح المنير (ص ١٦٩-١٧٠).

(٣) انظر: الزاهر (ص٣٢٤، ٣٨١)، لسان العرب (١٢/٤٤٥-٤٤٦).

(٤) معالم السنن (٥/١٥٨).

(٥) المدخل الفقهي للزرقا (٢/١٠٣٣).

تحصل من الشيء تكون على من يستفيد منه شرعاً»[١].

المطلب الرابع
في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة

اتفق الفقهاء[٢] على صحة قاعدة (الخراج بالضمان) والعمل بها من حيث الجملة، وإن اختلفوا في بعض أنواع الخراج، كما سيأتي - إن شاء الله - في المطلب الخامس.

واستدلوا على ذلك بما يلي:

١ - عن عائشة رضي الله عنها أن رجلا اشترى عبدا فاستغله ثم وجد به عيبا فرده، فقال: يا رسول الله إنه قد استغلّ غلامي، فقال رسول الله ﷺ: (الخراج بالضمان)[٣].

---

(١) المرجع السابق (١٠٣٥/٢).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٢٨٦/٥)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص١٢٧) غمز عيون البصائر (٤٣١/١، ٣٧٠/٤)، المقدمات الممهدات (٥٠٤/٢)، بداية المجتهد (٢٠٩/٢)، شرح المنهج المنتخب (ص٥١٩)، المهذب مع المجموع (٣٩٨/١١، ٤٠٣) الوجيز (١٤٥/١)، السراج الوهاج (ص١٨٩)، المغني (٢٢٦/٦-٢٢٧)، تقرير القواعد (١٩٠/٢)، الإنصاف مع المقنع (٣٧٩/١١-٣٨٠)، المحلى (٥٨٤/٧، ٥٨٧)، السيل الجرار (١٠٦/٣-١١١).

(٣) أخرجه أحمد في المسند (٤٩/٦، ١٦١، ٢٠٨، ٢٣٧)، وأبو داود في سننه: كتاب البيوع، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً (٧٨٠/٣) برقم (٣٥١٠)، والترمذي في سننه: كتاب البيوع، باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيبا (٥٨١/٣-٥٨٣) برقم (١٢٨٥ و ١٢٨٦)، والنسائي: كتاب البيوع، باب الخراج بالضمان (٢٩٢/٧) برقم (٤٥٠٢)، وابن ماجه في سننه: كتاب التجارات، باب الخراج بالضمان (٥٧/٣) برقم (٢٢٤٣)، والحاكم في المستدرك (١٨/٢-١٩)، وصححه الترمذي وابن القطان - كما في التلخيص الحبير (٥١/٣) -، والحاكم، وحسّنه البغوي في شرح السنة (١٦٣/٨)، والألباني في إرواء الغليل (١٥٨/٥، ٣٥٧).

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ قضى بأن غلة العبد للمشتري؛ لأنه لو تلف لكان من ضمان المشتري، فوجب أن يكون الخراج من حقه.

٢- عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: **(لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك)**[١].

وجه الدلالة: في قوله: **(ولا ربح ما لم يضمن)**؛ حيث إن النبي ﷺ نهى عن ربح شيء لم يدخل في ضمانه، فدل على جواز أخذ ربح ما دخل في ضمانه[٢].

٣- حكى بعض العلماء اتفاق الفقهاء على صحة هذا الأصل **(الخراج بالضمان)**[٣].

المطلب الخامس

في أنواع الخراج وأثرها في ردّ المبيع بالعيب

يمكن تقسيم ما يحصل للمبيع من خراج أو زيادة أو نفع إلى أربعة أقسام[٤]:

القسم الأول: زيادة متصلة متولدة من الأصل، كسمن الدابة وكبرها ونموّ الشجرة.

---

(١) أخرجه أحمد في المسند (٢/١٧٨-١٧٩)، وأبو داود في سننه: كتاب البيوع والإجارات، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده (٣/٧٦٩-٧٧٥)، والترمذي في سننه: كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك (٣/٥٣٥-٥٣٦)، والنسائي في سننه: كتاب البيوع، باب شرطان في بيع (٧/٣٤٠)، وابن ماجه في سننه: كتاب التجارات، باب النهي عن بيع ما ليس عندك وعن ربح ما لم يضمن (٣/٣١) دون قوله «لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع»، والحاكم في المستدرك (٢/٢١)، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح، وصحّحه الحاكم، وحسّنه الألباني في إرواء الغليل (٥/١٤٦). وانظر: صحيح الجامع الصغير (٢/١٢٦٦).

(٢) انظر: شرح القواعد (ص٤٢٩).

(٣) انظر: بداية المجتهد (٢/٢٠٩)، المغني (٦/٢٢٦-٢٢٧).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (٥/٢٨٤-٢٨٦)، المغني (٦/٢٢٦-٢٢٧).

القسم الثاني: زيادة متصلة غير متولدة من الأصل، كصباغة الثوب وبناء الدار وزراعة الأشجار.

القسم الثالث: زيادة منفصلة متولدة من الأصل، كثمرة الشجر وولد الدابة ولبنها.

القسم الرابع: زيادة منفصلة غير متولدة من الأصل، كأجرة السيارة وكسب العبد:

وفيما يلي بيان لأقوال الفقهاء فيمن اشترى سلعة فوجد بها عيبا وقد حصل من هذه السلعة زيادة أو خراج. فما حكم ردّ السلعة بالعيب مع هذه الزيادة أو الخراج؟ ولمن تكون هذه الزيادة أو الخراج؟.

القسم الأول: أن تكون الزيادة متصلة متولدة من الأصل، كسمن الدابة وكبرها ونموّ الشجرة:

اختلف الفقهاء فيها على قولين:

القول الأول: إن هذه الزيادة لا تمنع الرد بالعيب وتكون تابعة للأصل، فإذا ردّ المشتري الأصل بالعيب ردّ الزيادة معه.

وهذا مذهب الحنفية[1] والمالكية[2] والشافعية[3] والمذهب عند الحنابلة[4].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (٥/٢٨٥)، حاشية رد المحتار (٥/١٨).

(٢) انظر: بداية المجتهد (٢/٢١٨)، منح الجليل (٥/١٨٩-١٩٠، ٢٠٩) الشرح الصغير (٣/١٨٧).

(٣) انظر: المهذب مع المجموع (١١/٣٩٧، روضة الطالبين (٣/٤٩٣)، مغني المحتاج (٢/٦١-٦٢).

(٤) انظر: المغني (٦/٢٢٦)، الشرح الكبير مع المقنع (١١/٣٨٠)، حاشية الروض المربع (٤/٤٢٨).

القول الثاني: إن هذه الزيادة لا تمنع الرد بالعيب، ولكنها تكون للمشتري، فإذا ردّ المشتري الأصل ردّ معه الزيادة، ثم تقوّم الزيادة ويدفع البائع قيمتها للمشتري.

وهذا رواية عند الحنابلة اختارها بعضهم، منهم شيخ الإسلام ابن تيمية[١].

أدلة القول الأول:

علل أصحاب هذا القول بما يأتي:

١- إن هذه الزيادة تابعة للأصل حقيقة؛ لقيامها بالأصل، فكانت مبيعة تبعاً، والأصل أنّ ما كان تابعا في العقد يكون تابعا في الفسخ؛ لأن الفسخ رفع العقد فينفسخ العقد في الأصل بالفسخ فيه مقصوداً، وينفسخ في الزيادة تبعا للانفساخ في الأصل[٢].

٢- ولأن هذه الزيادة لا تنفرد عن الأصل في الملك، فلا يجوز أن تردّ دونها[٣].

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

١- عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال: **(الخراج بالضمان)**[٤].

وجه الدلالة: إن هذا الحديث عامّ، فيشمل الزيادة المتصلة المتولّدة من الأصل التي حصلت من عمل المشتري التي هي في ملكه[٥].

---

(١) انظر: الاختيارات الفقهية (ص١٢٦)، تقرير القواعد (٢/١٥٣-١٥٤)، الإنصاف مع المقنع (١١/٣٨٣)، الشرح الممتع (٨/٢٨٩-٢٩٠).

(٢) بدائع الصنائع (٥/٢٨٥). وانظر: المغني (٦/٢٢٦)، مغني المحتاج (٢/٦١-٦٢).

(٣) المهذب مع المجموع (١١/٣٩٧).

(٤) تقدم تخريجه صفحة ٢٠٧.

(٥) انظر: الشرح الممتع (٨/٢٨٩).

٢- ولأن «النماء المتصل قد يكون أهمّ من المنفصل، فيكون للمشتري»[١] كالنماء المنفصل.

٣- ولأن «البائع قد أجبر على أخذ سلعته وردّ ثمنها، فكذلك نماؤها المتصل بها يتبعها في حكمها وإن لم يقع عليه العقد»[٢].

القول المختار:

يظهر لي - بعد عرض القولين في المسألة وأدلتها - أن القول المختار هو القول الثاني؛ وذلك للأسباب التالية:

١- صحة استدلال أصحاب القول الثاني بالحديث وسلامته من الاعتراضات.

٢- إن أدلة أصحاب القول الأول عقلية لا تقاوم النص.

٣- ما استدل به أصحاب القول الأول من أنه لا يمكن فصل الزيادة عن الأصل صحيح، إلا أنه يمكن تلافي هذه المشكلة بأن يدفع البائع قيمة الزيادة للمشتري كما ذكر أصحاب القول الثاني.

القسم الثاني: أن تكون زيادة متصلة غير متولدة من الأصل، كصباغة الثوب ونسجه، وبناء الدار وزراعة الأشجار:

اختلف الفقهاء في هذه الزيادة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: إن هذه الزيادة تمنع الردّ بالعيب ويتعين رجوع المشتري على البائع بأرش النقص.

---

(١) الشرح الممتع (٢٨٩/٨).

(٢) تقرير القواعد (١٥٤/٢).

وهذا مذهب الحنفية[١] والمذهب عند الحنابلة[٢].

القول الثاني: إن هذه الزيادة لا تمنع الرد بالعيب، وتكون تابعة للأصل، وليس للمشتري أرش الزيادة.

وهذا هو أصح الوجهين عند الشافعية[٣].

القول الثالث: إن هذه الزيادة لا تمنع الردّ بالعيب، وتكون تابعة للأصل، ويرجع المشتري على البائع بأرش الزيادة.

وهذا هو قول المالكية[٤] وأضعف الوجهين عند الشافعية[٥] ورواية عند الحنابلة[٦].

غير أن هؤلاء الفقهاء اختلفوا فيما بينهم في توزيع أرش الزيادة: أيكون خالصا للمشتري أم يشترك مع البائع فيه.

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

١ - «لأن هذه الزيادة ليست بتابعة، بل هي أصل بنفسها. ألا ترى أنه لا يثبت حكم البيع فيها أصلا ورأساً. فلو ردّ المبيع لكان لا يخلو إما أن يرده وحده بدون الزيادة، وإما أن يرده مع الزيادة. لا سبيل إلى الأول؛ لأنه محذور لتعذر

---

(١) انظر: تبيين الحقائق (٣٥/٤)، العناية مع فتح القدير (١٢/٦)، حاشية رد المحتار (١٨/٥).

(٢) انظر: المغني (٢٥٤/٦)، الإنصاف مع المقنع (٤٠٦/١١)، كشاف القناع (٢١١/٣).

(٣) انظر: العزيز (٢٥٩/٤)، روضة الطالبين (٤٨٦/٣).

(٤) انظر: بداية المجتهد (٢١٨/٢)، منح الجليل (١٨٣/٥-١٨٤).

(٥) انظر: الوجيز (١٤٤/١)، العزيز (٢٥٩/٤)، روضة الطالبين (٤٨٦/٣)، مغني المحتاج (٥٩/٢)، حاشية الشرواني (٣٧٨/٤-٣٧٩).

(٦) انظر: المغني (٢٥٤/٦)، الشرح الكبير مع المقنع (٤٠٦/١١)، الإنصاف مع المقنع (٤٠٦/١١).

الفصل، ولا سبيل إلى الثاني؛ لأن الزيادة ليست بتابعة في العقد فلا تكون تابعة في الفسخ؛ ولأن المشتري صار قابضا للمبيع بإحداث هذه الزيادة، فصار كأنها حدثت بعد القبض، وحدوثها بعد القبض يمنع الردّ بالعيب»[(١)].

٢- «ولأن إجبار البائع على بذل ثمن الصبغ إجبار على المعاوضة، فلم يجز؛ لقوله سبحانه وتعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[(٢)]»[(٣)].

دليل القول الثاني:

علل أصحاب هذا القول بأن هذه الزيادة تتبع الأصل في العقود والفسوخ؛ وذلك لتعذر انفصالها[(٤)].

أدلة القول الثالث:

استدلّ أصحاب القول الثالث بما يلي:

١- ما جاء عن عائشة رضي الله عنها أن رجلاً اشترى عبدا فاستغله ثم وجد به عيبا فردّه، فقال: يا رسول الله، إنه قد استغلّ غلامي، فقال رسول الله ﷺ: (**الخراج بالضمان**)[(٥)].

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ لم يجعل هذه الزيادة مانعة من الرد، وملكها للمشتري؛ لأن العبد كان في ضمانه، والخراج في الحديث يشمل الزيادة المتصلة غير المتولدة من الأصل.

---

(١) بدائع الصنائع (٥/٢٨٥، ٢٨٦). وانظر: العناية مع فتح القدير (٦/١٢).

(٢) سورة النساء، الآية [٢٩].

(٣) الشرح الكبير مع المقنع (١١/٤٠٧). وانظر: المغني (٦/٢٥٤).

(٤) انظر: المغني (٦/٢٢٦)، الروض المربع مع حاشيته (٤/٤٢٨).

(٥) تقدم تخريجه صفحة ٢٠٧.

٢- «إن البائع قد أجبر على أخذ سلعته وردّ ثمنها، فكذلك نماؤها المتصل بها يتبعها في حكمها وإن لم يقع عليه العقد»[١].

٣- ولأن هذه زيادة، فلا تمنع الردّ كالسمن والكسب[٢].

القول المختار:

القول الذي أختاره في هذه المسألة هو القول الثالث، وهو أن هذه الزيادة لا تمنع الردّ بالعيب. فإذا ردّ المشتري المبيع بزيادته دفع البائع له قيمة الزيادة؛ وذلك للأسباب التالية:

١- عموم قول النبي ﷺ: (الخراج بالضمان)[٣]، وعليه، فإن هذه الزيادة داخلة في عموم الحديث.

٢- وأما قول أصحاب القول الثاني: إنه يتعذر فصل الزيادة عن الأصل، فهذا صحيح، ولكن يمكن العمل بالحديث بأن تقوّم هذه الزيادة وتعطى للمشتري.

٣- وأما تعليل أصحاب القول الأول فإنه يعارض نصّ الحديث السابق، فلا يلتفت إليه.

القسم الثالث: أن تكون الزيادة منفصلة متولدة من الأصل، كثمرة الشجر وولد الدابة ولبنها:

اختلف الفقهاء في هذه الزيادة على أربعة أقوال:

القول الأول: إن هذه الزيادة تمنع الردّ بالعيب، وعلى المشتري أن يرجع على البائع بأرش العيب.

---

(١) تقرير القواعد (٢/١٥٤).

(٢) المغني (٦/٢٥٤)

(٣) تقدم تخريجه صفحة ٢٠٧.

وهذا مذهب الحنفية[1].

القول الثاني: إن هذه الزيادة لا تمنع الرد، والمشتري بالخيار: إن شاء أمسك المبيع وأخذ أرش العيب، وإن شاء ردّ المبيع وحده وتكون الزيادة للمشتري.

وهذا قول الشافعية[2] والمذهب عند الحنابلة[3] وقول الظاهرية[4].

القول الثالث: إن هذه الزيادة لا تمنع الردّ، وتكون الزيادة للبائع.

وهو رواية عند الحنابلة[5].

القول الرابع: إن هذه الزيادة لا تمنع الرد بالعيب، وأما الزيادة: فإن كانت من جنس الأصل كالولد مطلقا – آدمي أو حيوان – فإنها تكون للبائع، وإن كانت من غير جنس الأصل كثمرة الشجرة فإنها تكون للمشتري.

وهذا مذهب المالكية[6]، ووافقهم بعض الشافعية[7] والحنابلة[8] في أن ولد الآدمية خاصة يردّ مع أمه، فيكون للبائع.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (٥/٢٨٥، ٢٨٦)، تبيين الحقائق (٤/٣٥)، العناية مع فتح القدير (٦/١٢).

(٢) انظر: الوجيز (١/١٤٥)، المجموع (١١/٤٠٣)، مغني المحتاج (٢/٦٢).

(٣) انظر: المغني (٦/٢٢٧)، الشرح الكبير مع المقنع (١١/٣٨١-٣٨٢) كشاف القناع (٣/٢٠٨، ٢٢٠).

(٤) انظر: المحلى (٧/٥٨٧).

(٥) انظر: الشرح الكبير مع المقنع (١١/٣٨١-٣٨٢)، الإنصاف مع المقنع (١١/٣٨٠).

(٦) انظر: المعونة (٢/١٠٦٠)، بداية المجتهد (٢/٢١٧)، حاشية الدسوقي (٣/١٣٨)، منح الجليل (٥/٢٠٩-٢١٠).

(٧) انظر: مغني المحتاج (٢/٦٢).

(٨) انظر: الكافي لابن قدامة (٣/١٢٤)، شرح الزركشي (٣/٥٧٨).

دليل القول الأول:

علل أصحاب هذا القول «بأنه لا وجه إلى الفسخ في الزيادة المنفصلة المتولدة من الأصل مقصودا؛ لأن العقد لم يرد عليها، ولا تبعا؛ لانفصالها. ولا وجه إلى الفسخ في الأصل وحده بدون الزيادة؛ لأنه يؤدي إلى الربا؛ لأن المشتري إذا ردّ المبيع وأخذ الثمن تبقى الزيادة في ملكه بلا عوض»[١].

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

١- عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال: **«الخراج بالضمان»**[٢].

وجه الدلالة: إن النبي ﷺ جعل الخراج في مقابل الضمان، وهذه الزيادة المنفصلة المتولدة من الأصل تكون في ضمان المشتري، فكان خراجها له. و«الخراج يشمل كل ما خرج: عينا كان أو منفعة، وقد ورد في رواية أخرى أن الغلة بالضمان[٣]، والغلة تشمل الثمرة وغيرها»[٤].

٢- لأن الزيادة المنفصلة المتولدة من الأصل نماء حدث في ملك المشتري، فجاز أن يمسكه ويرد الأصل، كغلة العبد والكسب والثمرة[٥].

---

(١) تبيين الحقائق (٤/٣٥) بتصرف يسير، وانظر: بدائع الصنائع (٥/٢٨٦)، حاشية رد المحتار (٥/١٩).

(٢) تقدم تخريجه صفحة ٢٠٧.

(٣) تقدم تخريجه صفحة ٢٠٧.

(٤) المجموع (١١/٤٠٣).

(٥) انظر: المهذب مع المجموع (١١/٤٠٣)، المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين (١/٣٧٤)، المغني (٦/٢٢٧).

دليل القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول بأن الزيادة المنفصلة نماء تولد من الأصل فلزم رده مع أصله، كالزيادة المتصلة[(١)].

أدلة القول الرابع:

استدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

١- عن أبي أيوب الأنصاري[(٢)] ﷺ قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: **(من فرّق بين والدة وولدها فرّق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة)**[(٣)].

وجه الدلالة: هذا وعيد شديد يدل على تحريم التفريق بين الوالدة وولدها: آدميا كان أو حيوانا؛ لعموم النص[(٤)].

٢- «لأن الأصول موضوعة على كل حكم لزم في رقبة الأم فإن الولد يتبعها فيه، كولد أم الولد والمكاتبة والمدبرة والمعتقة إلى أجل، وقد ثبت أن حكم الردّ لازم في رقبة هذه الأم المبيعة من وقت البيع، فيجب أن يكون ما يحدث من ولد

---

(١) انظر: المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين (١/٣٧٣-٣٧٤)، الشرح الكبير مع المقنع (١١/٣٨٢).

(٢) هو الصحابي الجليل أبو أيوب خالد بن زيد بن كليب النجاري الأنصاري، من السابقين في الإسلام، شهد العقبة وبدرا وما بعدهما، ونزل عليه النبي ﷺ لما قدم المدينة، فأقام عنده حتى بنى بيوته ومسجده، روى عن النبي ﷺ وعن أبي بن كعب، وروى عنه البراء بن عازب وزيد بن خالد وغيرهما، توفي في غزاة قسطنطينية سنة ٥٢هـ وقيل غير ذلك.
انظر: سير أعلام النبلاء (٢/٤٠٢-٤١٣)، الإصابة (٢/٨٩-٩٠).

(٣) أخرجه أحمد في مسنده (٥/٤١٢-٤١٣، ٤١٤)، والترمذي في سننه: كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية الفرق بين الأخوين أو بين الوالدة وولدها في البيع (٣/٥٨٠)، والدارقطني في سننه (٣/٦٧)، والحاكم في المستدرك (٢/٦٣-٦٤)، وقال الترمذي: هذا حديث حسن غريب، وصححه الحاكم وحسنه الألباني في المشكاة (٢/١٠٠٣).

(٤) انظر: مغني المحتاج (٢/٦٢).

وحكمه حكمها فيه ؛ لأنه حدث بعد استقرار وجوب الرد، ولا يشبه الثمرة إذا حدثت عنده ؛ لأنها خراج وغلة ؛ لأنها ليست كخلق الأصل، والولد ليس بخراج، فإن كانت الثمرة في النخل وقت الشراء ردها مع الأصل»[١].

القول المختار:

الذي يظهر - في نظري - أن أقرب الأقوال إلى الصواب هو: أن الزيادة لا تمنع الرد، والمشتري بالخيار: إن شاء أمسك المبيع وأخذ أرش العيب، وإن شاء رد المبيع وحده وتكون الزيادة للمشتري، ما عدا الولد: آدميا كان أو حيوانا، فإن المشتري يرده مع أمه ويرجع على البائع بقيمة الولد ؛ وذلك لما يأتي:

١- صحة الاستدلال بعموم قول النبي ﷺ: (**الخراج بالضمان**)[٢]، فإن الخراج يشمل كل ما خرج عينا كان أو منفعة[٣].

٢- وأما استثناء الولد - آدميا كان أو حيوانا - فلقول النبي ﷺ: (**من فرق بين والدة وولدها فرّق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة**)[٤]، لا سيما وأنه يمكن الجمع بين هذا الحديث وقول النبي ﷺ: (الخراج بالضمان)[٥] بأن يرجع المشتري على البائع بقيمة الولد، كما حصل في القسم الأول - الزيادة المتصلة المتولدة من الأصل -.

٣- وأما أدلة الأقوال الأخرى فهي أدلة عقلية فلا تقدم على الحديثين السابقين.

---

(١) المعونة (١٠٦١/٢). وانظر: حاشية الدسوقي (١٣٨/٣)، منح الجليل (٢١٠/٥).

(٢) تقدم تخريجه صفحة ٢٠٧.

(٣) انظر: المجموع (٤٠٣/١١).

(٤) تقدم تخريجه صفحة ٢١٦.

(٥) تقدم تخريجه صفحة ٢٠٧.

٤- وأما قصر بعض الشافعية والحنابلة حديث أبي أيوب رضي الله عنه على الآدمي فقط فغير صحيح ؛ لعموم النص.

القسم الرابع: أن تكون الزيادة منفصلة غير متولدة من الأصل، كأجرة السيارة وكسب العبد:

اختلف الفقهاء فيها على قولين:

القول الأول: إن هذه الزيادة لا تمنع الرد، وتكون الزيادة للمشتري.

وهو قول الحنفية[١] والمالكية[٢] والشافعية[٣]، ورواية عند الحنابلة عليها المذهب[٤]، وقول الظاهرية[٥].

القول الثاني: إن هذه الزيادة لا تمنع الرد، وتكون الزيادة للبائع.

وهو رواية عند الحنابلة[٦].

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١- عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال: (الخراج بالضمان)[٧].

وجه الدلالة: إن هذه الزيادة حصلت من المبيع الذي كان في ضمان المشتري، وقد قضى النبي ﷺ بأن الزيادة تكون لمن كان الضمان عليه.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (٥/٢٨٥، ٢٨٦)، تبيين الحقائق (٤/٣٥)، حاشية رد المحتار (٥/١٩).

(٢) انظر: المعونة (٢/١٠٦٠)، الكافي لابن عبد البر (ص ٣٥٤)، حاشية الدسوقي (٣/١٣٨).

(٣) انظر: المهذب مع المجموع (١١/٣٩٨)، الوجيز (١/١٤٥)، مغني المحتاج (٢/٦٢).

(٤) انظر: المغني (٦/٢٢٦-٢٢٧)، كشاف القناع (٣/٢٠٨، ٢٢٠)، حاشية الروض المربع (٤/٤٢٧).

(٥) انظر: المحلى (٧/٥٨٤).

(٦) انظر: الكافي لابن قدامة (٣/٧٤، ١٢٤)، الإنصاف مع المقنع (١١/٣٨٠).

(٧) تقدم تخريجه صفحة ٢٠٧.

٢- حكى بعض العلماء عدم وجود خلاف بين العلماء في هذه المسألة[١].

أدلة القول الثاني:

لم أعثر على دليل فيما اطلعت عليه من كتبهم.

القول المختار:

القول الذي أختاره هو القول الأول؛ وذلك لأن قول النبي ﷺ: «الخراج بالضمان» نص صريح في المسألة. والله تعالى أعلم.

المطلب السادس
في شروط القاعدة

هناك شروط لا بدّ من توفرها لإعمال القاعدة، وهي كما يأتي:

الشرط الأول: أن تكون الزيادة ناتجة عن عين مضمونة على قابضها ضمان ملك.

وبهذا تخرج الزيادة الناتجة عن العين المغصوبة. فإن الغاصب الضامن لها لا يباح له زيادتها؛ لأن ضمانه لها ليس ضمان ملك وإنما هو ضمان تعدٍّ - جزائي -، والدليل على ذلك: أن النبي ﷺ قضى بأن الخراج بالضمان[٢] في ضمان الملك، وجعل الخراج لمن هو مالكه إذا تلف تلف على مالكه وهو المشتري، والغاصب لا يملك المغصوب[٣].

---

(١) انظر: المغني (٦/٢٢٦، ٢٢٧)، الشرح الكبير مع المقنع (١١/٣٨٠، ٣٨١).

(٢) تقدم تخريجه صفحة ٢٠٧.

(٣) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص١٢٨)، المقدمات الممهدات (٢/٥٠٤)، المجموع (١١/٤٠٠-٤٠١)، المنثور (٢/١٢٠)، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٢٩/٤٠١)، المدخل الفقهي للزرقا (٢/١٠٣٤).

الشرط الثاني: أن تكون الزيادة حادثة بعد العقد، فأما إذا كانت موجودة قبل العقد، فلا تباح للمشتري، بل يردها مع أصلها، كما هو الشأن في لبن المصراة، فقد جاء عن أبي هريرة ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: **(من اشترى غنما مصراة فاحتلبها، فإن رضيها أمسكها وإن سخطها ففي حلبتها صاع من تمر)**[١]، حيث إن اللبن ههنا موجود حال العقد فصار جزءا من المبيع، والشارع لم يجعل الصاع عوضا عما حدث بعد العقد، بل عوضا عن اللبن الموجود في الضرع وقت العقد[٢].

تنبيه: اشترط البعض أن تكون الزيادة – سواء كانت متولدة من الأصل أم غير متولدة – منفصلة عن الأصل. فإن كانت متصلة - كالسمن والكبر – فإنها لا تكون للمشتري إذا ردّ السلعة بالعيب[٣].

وهذا الشرط فيه نظر، وقد سبق الردّ عليه كما في القسمين الأولين من أقسام الخراج[٤].

المطلب السابع

من فروع القاعدة

هناك فروع كثيرة تندرج تحت هذه القاعدة، منها ما يلي:

١- إذا ردّ المشتري حيوانا أو سيارة أو دارا بخيار العيب بعد قبضه واستعماله، غير عالم بالعيب، وكان قد استعمل المشتري مدة بنفسه أو آجره

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب البيوع، باب إن شاء ردّ المصراة وفي حلبتها صاع من تمر (١٠٢/٢) برقم (١٥٢٤)، ومسلم في صحيحه: كتاب البيوع، باب حكم بيع المصراة (١١٥٨/٣).

(٢) انظر: المجموع (٤١٤/١١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٥٥٧/٢٠، ٥٣٨/٤)، إعلام الموقعين (٢٠/٢).

(٣) انظر: المجموع (٤١٤/١١).

(٤) كما في صفحة ٢٠٨-٢١٣.

من غيره، وقبض أجرته: لا يلزم ردّ ذلك للبائع معه؛ لكونه في ضمان المشتري[١]. كما تقدم الكلام عليه في أقسام الخراج.

٢- إذا حصل للعين المرهونة زيادة فإنها تكون للراهن؛ لأن ضمان المرهون عليه[٢].

٣- إذا زادت العين الملتقطة ثم جاء مالكها فإنه يأخذها بزيادتها[٣].

٤- إذا اشترى رجل دارا فاستغلها ثم استحقت بعد ذلك بالشفعة فإن الغلة تكون للمشتري دون الشفيع[٤].

٥- إذا حدث للعين الموصى بها زيادة بعد موت الموصي وقبول الموصى له فإن الزيادة تكون للموصى له[٥].

٦- أجرة كتابة صكّ المبايعة على المشتري؛ لأنها توثيق لانتقال الملكية إليه[٦].

٧- ليس لغريم المفلس - إذا فسخ البيع - أخذ نتاج ما باعه من الماشية والدواب ولا غلة ماله، وليس له إلا الرقاب بعينها إذا وجدها[٧]؛ لأنها لو تلفت لضمنها المفلس.

---

(١) الوجيز للبورنو (ص٣١٥). وانظر: بدائع الصنائع (٥/٢٨٤-٢٨٦)، بداية المجتهد (٢/٢١٨)، روضة الطالبين (٣/٤٩٣)، المغني (٦/٢٢٦-٢٢٧).

(٢) انظر: كتاب الاختيار (٢/٧٩)، حاشية الدسوقي (٣/٢٤٥)، السراج الوهاج (ص٢١٩)، حاشية الروض المربع (٥/٩١).

(٣) انظر: مغني المحتاج (٢/٤١٥)، المغني (٨/٣١٤).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٥/٩٥-٩٦)، الإنصاف مع المقنع (١٥/٤٦٠).

(٥) انظر: مغني المحتاج (٣/٥٤).

(٦) المدخل الفقهي للزرقا (٢/١٠٣٥). وانظر: شرح القواعد الفقهية (ص٤٣٨).

(٧) انظر: الكافي لابن عبد البر (ص ٤١٨).

٨- إذا اشترك اثنان في شركة الملك فإن ربح الشركة يقسم بينهما بنسبة حصصهم. فإذا كانت حصص الشريكين متساوية - أي مشتركة مناصفة - فتقسم بالتساوي، وإذا لم تكن متساوية - بأن يكون لأحدهما الثلث وللآخر الثلثان - فيقسم الربح على هذه النسبة؛ لأن نفقات هذه الأموال هي بنسبة حصصها، وكذلك التلف أو الخسارة لو حصلت؛ لأن الضمان كذلك، والخراج بالضمان[1].

(١) درر الحكام (٣/٢٦). وانظر: الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية (ص٣٢).

المبحث الثاني

قاعدة: فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه

هذه القاعدة من القواعد الفقهية التي يكون الضمان فيها بسبب العقد، وهي تدخل في أبواب فقهية كثيرة، وقد يسّر الله دراستها في المطالب التالية:

المطلب الأول

في صيغ القاعدة

ذكر العلماء لهذه القاعدة صيغا كثيرة، جاءت في عبارات وقوالب مختلفة، يمكن تصنيفها إلى قسمين:

القسم الأول: صيغ عامة:

وهي التي نصّت على أن أحكام العقود الفاسدة ملحقة بالعقود الصحيحة دون أن تنص على الضمان، وهي كما يلي:

١- قال أبو بكر السرخسي: «العقد الفاسد معتبر في الجائز»[١].

٢- وقال أيضا: «الفاسد في الحكم ملحق بالجائز»[٢].

٣- قال القاضي عبدالوهاب المالكي: «كل عقد فاسد مردود إلى صحيحه»[٣].

---

(١) المبسوط (١١/٧٥).

(٢) المبسوط (١٢/٧). وانظر: (٤/١٧٦، ١٨٣، ١١/٧٥، ٢٤/٥٦).

(٣) الإشراف للقاضي عبد الوهاب (٢/٦٤١).

٤- قال أبو الوليد الباجي[١]: «كل عقد إنما يردّ فاسده إلى مقتضى صحيحه»[٢].

٥- قال أبو الحسن الماوردي: «أحكام العقود الفاسدة معتبرة بأحكامها في الصحة»[٣].

٦- قال أبو عبدالله بن قيم الجوزية: «يجب في الفاسد من العقود نظير ما يجب في الصحيح منها»[٤].

القسم الثاني: صيغ خاصة:

وهي التي نصت على أن الضمان في العقود الفاسدة معتبر بصحيحها، وهي كما يلي:

١- قال ابن نجيم الحنفي: «فاسد العقود في الضمان كصحيحها»[٥].

٢- قال أبو الحسن الماوردي: «العقد الفاسد يحمل في وجوب العوض على حكم الصحيح»[٦].

---

(١) هو العلامة القاضي أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبي الأندلسي القرطبي الباجي الذهبي، ولد سنة ٤٠٣هـ، أخذ عن القاضي أبي الطيب وأبي القاسم الأزهري وغيرهما، وحدث عنه: ابن حزم وابن عبد البر وغيرهما، له مؤلفات مفيدة، منها: "المنتقى" و"فرق الفقهاء"، توفي سنة ٤٧٤هـ.

انظر: البداية والنهاية (١٢/ ١٣٠)، الديباج المذهب (ص١٩٧)، شجرة النور الزكية (ص١٢٠).

(٢) المنتقى (٤/ ١٨٣). وانظر: البيان والتحصيل (٨/ ٤٢٨).

(٣) الحاوي (١١/ ٤٢).

(٤) الطرق الحكمية (ص٢٥١).

(٥) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٣٠٦). وانظر: مجمع الضمانات (١/ ٦٩)، الفرائد البهية (ص٢٣٧).

(٦) الحاوي (٧/ ٣٨٠).

٣- قال أبو زكريا النووي[١] وجلال الدين السيوطي: «كل عقد اقتضى صحيحه الضمان فكذلك فاسده، وما لا يقتضي صحيحه الضمان فكذا فاسده»[٢].

٤- قال أبو عبد الله بن الوكيل[٣] وعبدالوهاب بن السبكي وبدر الدين الزركشي وأبو بكر الحصني[٤]: «فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه»[٥].

---

(١) هو العلامة أبو زكريا يحيى بن شرف بن مرى بن حسن بن حسين النووي، ولد سنة ٦٣١هـ سمع من الحافظ عبد الدائم، وتفقه على إسحاق المغربي وعز الدين الإربلي وغيرهما، روى عنه المزّي وأبو الحسن العطار وآخرون، له مؤلفات منها: "شرح صحيح مسلم" و"المجموع في شرح المهذب" و"رياض الصالحين"، توفي سنة ٦٧٦هـ.
انظر: تذكرة الحفاظ (٤/١٤٧٠-١٤٧٤، ١٤٨٦)، طبقات الشافعية للسبكي (٨/٣٩٥-٣٩٨).

(٢) روضة الطالبين (٤/٩٦)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٢٨٣).

(٣) هو العلامة الفقيه أبو عبد الله محمد بن عمر بن مكي بن عبد الصمد الأموي، صدر الدين ابن المرحل المعروف بابن الوكيل، ولد سنة ٦٦٥هـ، تفقه على والده والشيخ شرف الدين المقدسي، وسمع الحديث من القاسم الأربلي والمسلم بن علان وطائفة، ودرّس بالمدارس الكبار مثل دار الحديث الأشرفية والشاميتين وغيرها، له مؤلفات نفيسة منها: "الأشباه والنظائر" و"شرح الأحكام لعبد الحق" وغيرهما، توفي سنة ٧١٦هـ.
انظر: طبقات الشافعية لابن السبكي (٩/٢٥٣-٢٦٧)، طبقات الشافعية للإسنوي (٢/٢٥٤)، الدرر الكامنة (٤/١١٥-١٢٣).

(٤) هو العالم الزاهد تقي الدين أبو بكر محمد بن عبد المؤمن الحصني الدمشقي الحسيني، ولد في آخر سنة ٧٥٢هـ، أخذ عن الشيخ شرف الدين الشريشي والشيخ شهاب الدين الزهري والشيخ شمس الدين الصرخدي، وله تلاميذ، وألف عدة كتب منها: "شرح صحيح مسلم" و"كفاية الأخيار" في شرح مختصر أبي شجاع، وكتاب في قواعد الفقه، توفي سنة ٨٢٩هـ.
انظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة (٤/٤٠٣-٤٠٥)، البدر الطالع (١/١٦٦).

(٥) الأشباه والنظائر لابن الوكيل (١/١٠٥)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/٣٠٧)، المنثور (٣/٨)، القواعد للحصني (٢/٢٢٥).

٥- قال محمد البكري[١]: «كل عقد يقتضي صحة الضمان ففاسده كذلك، وما لا فلا»[٢].

٦- قال برهان الدين بن مفلح: «المقبوض في عقد فاسد كالمقبوض في العقد الصحيح فيما يرجع إلى الضمان وعدمه»[٣].

٧- قال أبو محمد بن قدامة: «كل عقد لا ضمان في صحيحه لا ضمان في فاسده»[٤].

٨- قال شيخ الإسلام بن تيمية: «ما ضمن في الصحيح ضمن في الفاسد، وما لا يضمن في الصحيح لا يضمن في الفاسد»[٥].

٩- وقال أيضا: «ما ضمن بالقبض في العقد الصحيح ضمن بالقبض في العقد الفاسد»[٦].

١٠- قال أيضا: «العوض في العقود الفاسدة هو نظير ما يجب في الصحيح عرفا وعادة»[٧].

---

(١) هو الفقيه بدر الدين محمد بن أبي بكر بن سليمان الزكي البكري المصري الشافعي، عاش في النصف الثاني من القرن الثامن وأوائل القرن التاسع، أخذ عن شيخه عبد الرحيم الإسنوي، من تلاميذه: التقي بن فهد وأبو عبدالله الأشبولي وأحمد بن ظهيره، من تآليفه: المذاكرة في عمل أهل الآخرة، والمناسك، والاستفتاء في الفرق والاستثناء.

انظر: إيضاح المكنون (٩٨/٣)، معجم المؤلفين (٣٣١/٣)، مقدمة محقق كتاب الاستغناء في الفرق والاستثناء (٤٣/١-٤٨).

(٢) الاعتناء (٥٠٩/١).

(٣) المبدع (١٥٧/٤). وانظر: المغني (١٨١/٧).

(٤) الكافي لابن قدامة (٣٤٥/٣). وانظر: المبدع (١٧/٥).

(٥) مجموع فتاوى شيخ الإسلام بن تيمية (٢٧٤/٣٠).

(٦) المرجع السابق (٢٤٨/٣٠). وانظر: (٢٨٦/٣٠).

(٧) المرجع السابق (٨٥/٣٠).

١١- قال ابن رجب الحنبلي: «كل عقد يجب الضمان في صحيحه يجب في فاسده، وكل عقد لا يجب الضمان في صحيحه لا يجب الضمان في فاسده»[(١)].

المطلب الثاني

في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة

الصحيح: في اللغة: من الصحة، قال أبو الحسين بن فارس[(٢)]: «الصاد والحاء: أصل يدل على البراءة من المرض والعيب، وعلى الاستواء، من ذلك (الصحة): ذهاب السقم والبراءة من كل عيب»[(٣)]، «والصحيح: الحق، وهو خلاف الباطل، وقد استعيرت الصحة للمعاني. فقيل: (صحت الصلاة) إذا أسقطت القضاء، و(صحّ العقد) إذا ترتب عليه أثره»[(٤)].

وفي اصطلاح الأصوليين: ترتب أثر مطلوب من فعلٍ عليه[(٥)].

الفاسد: في اللغة: من فسد الشيء فسادا وفسودا، والفساد: نقيض الصلاح وخروج الشيء عن الاعتدال والاستقامة، سواء كان الخروج عنهما قليلا أو كثيرا[(٦)].

---

(١) تقرير القواعد (١/٣٣٤)، تحفة أهل الطلب (ص٤٣).

(٢) هو المحدث اللغوي أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا بن محمد بن حبيب القزويني الرازي المالكي، حدث عن: أبي الحسن القطان وسليمان الفامي وأبي القاسم الطبراني وغيرهم، وروى عنه: أبو سهل بن زيرك والقاضي أبو زرعة وغيرهما، له مؤلفات كثيرة منها: "المجمل" في اللغة، و"معجم مقاييس اللغة" و"حلية الفقهاء"، توفي سنة ٣٩٥هـ.
انظر: المنتظم (١٤/٢٧٤)، سير أعلام النبلاء (١٧/١٠٣)، الديباج المذهب (ص٩٤).

(٣) معجم مقاييس اللغة (٣/٢٨١).

(٤) المصباح المنير (ص ١٢٧) بتقديم وتأخير. وانظر: القاموس المحيط (ص ٢٩١).

(٥) شرح الكوكب المنير (١/٤٦٨). وانظر: الإحكام للآمدي (١/١٣١).

(٦) انظر: المفردات في غريب القرآن (ص٣٧٩)، لسان العرب (٣/٣٣٥).

والباطل في اللغة: من بطل، «والباء والطاء واللام أصل واحد، وهو ذهاب الشيء وقلة مكثه ولبثه»[١]، يقال: (بطل الشيء) إذا ذهب ضياعا وخسرا، والباطل: ضد الحق، وجمعه أباطيل[٢].

ومعنى الفاسد والباطل في اصطلاح الأصوليين: عدم ترتب الأثر المطلوب من فعلٍ عليه[٣].

ويتفق قول الأصوليين على الترادف بين الباطل والفاسد في أبواب العبادات[٤].

واختلفوا في أبواب المعاملات: فذهب الجمهور إلى الترادف بينهما[٥]. وذهب الحنفية إلى التفريق بينهما، فقالوا: الباطل: ما لم يكن مشروعا بأصله ووصفه، والفاسد: ما كان مشروعا بأصله دون وصفه[٦].

المطلب الثالث

في المعنى الإجمالي للقاعدة

ذكر بدر الدين الزركشي معنى القاعدة قائلا: «ومعنى ذلك أن ما اقتضى صحيحه الضمان بعد التسليم - كالبيع والقرض والعمل في القراض والإجارة والعارية - فيقتضي فاسده أيضا الضمان؛ لأنه أولى بذلك، وما لا يقتضي

---

(١) معجم مقاييس اللغة (١/٢٥٨).

(٢) القاموس المحيط (ص ١٢٤٩).

(٣) انظر: الإحكام للآمدي (١/١٣١)، شرح الكوكب المنير (١/٤٧٣).

(٤) تيسير التحرير (٢/٢٣٦)، تقريب الوصول (ص٢٣٥-٢٣٦)، تحقيق المراد (ص٢٨٢)، روضة الناظر (١/٢٥٢).

(٥) المراجع السابقة.

(٦) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٩١)، تيسير التحرير (٢/٢٣٦-٢٣٧).

صحيحه الضمان بعد التسليم - كالرهن والعين المستأجرة والأمانات كالوديعة، والتبرع كالهبة والصدقة - لا يقتضيه فاسده أيضاً»[١].

وكذلك زين الدين بن رجب وضّح معناها بقوله: «ونعني بذلك أنّ العقد الصحيح إذا كان موجبا للضمان فالفاسد كذلك، وإذا لم يكن الصحيح موجبا للضمان فالفاسد كذلك. فالبيع والإجارة والنكاح موجبة للضمان مع الصحة، فكذلك مع الفساد، والأمانات – كالمضاربة. والشركة والوكالة والوديعة وعقود التبرعات كالهبة – لا يجب الضمان فيها مع الصحة، فكذلك مع الفساد»[٢].

المطلب الرابع

في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة

اتفق الفقهاء - من الحنفية[٣] والمالكية[٤] والشافعية[٥] والحنابلة[٦] والظاهرية[٧] - على صحة هذه القاعدة والعمل بها من حيث الجملة.

---

(١) المنثور (٣/٨).

(٢) تقرير القواعد (١/٣٣٤).

(٣) انظر: المبسوط (١١/٧٥)، بدائع الصنائع (٥/٢٣٨، ٦/١٠٨)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٩١، ٣٠٦)، مجمع الضمانات (١/٦٩، ٤٧٦) الدر المختار مع حاشيته (٦/٦١)، حاشية رد المحتار (٨/٢٨٠).

(٤) انظر: المعونة (٢/١٠٧٤، ١٢٢٢)، الفروق (٢/٢٠٧)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٣٤٨)، شرح المنهج المنتخب (ص٣٥٣).

(٥) انظر: التهذيب للبغوي (٤/٦٢)، روضة الطالبين (٤/٨٩، ٩٦، ٤٠٠)، الأشباه والنظائر لابن الوكيل (١/١٠٥)، المنثور (٣/٨)، القواعد للحصني (٢/٢٢٥)، مغني المحتاج (٢/١٣٧).

(٦) انظر: المغني (٧/١٨١، ٨/١١٥)، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٣٠/٨٥، ٢٤٨، ٢٧٤، ٢٨٦)، الطرق الحكمية (ص٢٥١)، تقرير القواعد (١/٣٣٤)، المبدع (٤/١٥٧، ٥/١٧)، تحفة أهل الطلب (ص٤٣).

(٧) انظر: المحلى (٧/١٥، ٣٣٢).

وإنما اختلفوا في آحاد العقود الصحيحة هل تفيد الأمانة أم الضمان؟

واختلافهم هذا أدّى إلى الخلاف في العقود الفاسدة ؛ لأن هذه مبنية على تلك.

واستدلوا على صحة هذه القاعدة بما يلي:

١- أما الشطر الأول: وهو أن كل عقد اقتضى صحيحه الضمان فكذلك فاسده ؛ فلأن الصحيح إذا أوجب الضمان فالفاسد أولى. وأما الشطر الثاني: وهو أن كل عقد لا يقتضي صحيحه الضمان فكذا فاسده ؛ فلأن إثبات اليد عليه بإذن المالك، ولم يلتزم بالعقد ضمانا[1].

٢- «ولأن الفاسد لا يمكن أن يجعل أصلا في معرفة حكمه، فإن الشرع لا يرد بالفاسد»[2] ؛ لذا أعطي الفاسد حكم الصحيح في الضمان وعدمه.

المطلب الخامس

في مسائل متعلقة بالقاعدة

المسألة الأولى: في أن استواء العقد الصحيح مع الفاسد في أصل الضمان، لا في الضامن ولا المقدار ولا الكيفية:

ذكر بعض العلماء: أن استواء العقد الصحيح مع الفاسد يكون في أصل الضمان، أما الضامن والمقدار والكيفية فإنها قد لا تستوي في جميع الأحوال.

---

(١) انظر: روضة الطالبين (٤/ ٩٦)، المنثور (٣/ ٩)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٢٨٣)، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٢٩/ ٤٠٧).

(٢) المبسوط (١١/ ٧٥).

* أما الضامن: فلأن الولي إذا استأجر على عمل للصبي إجارة فاسدة فإن الأجرة تكون على الولي وليس في مال الصبي، بخلاف الإجارة الصحيحة، فإنها تكون في مال الصبي[١].

* وأما المقدار: فيقول جلال الدين السيوطي: «فلأن صحيح البيع مضمون بالثمن، وفاسده بالقيمة أو المثل، وصحيح القرض مضمون بالمثل مطلقا، وفاسده بالمثل أو القيمة. وصحيح المساقاة والقراض والإجارة والمسابقة والجعالة مضمون بالمسمى، وفاسدها بأجرة المثل، والوطء في النكاح الصحيح مضمون بالمسمى، وفي الفاسد بمهر المثل»[٢].

والحقيقة أن هذه المسألة - مسألة: هل يُضمن في العقد الفاسد بما سُمِّيَ فيه أو بعوض المثل؟ - فيها خلاف كبير، بل إنّ كل عقدٍ فيه خلاف خاص به. ففي البيع الفاسد خلاف خاص به، وكذلك الإجارة وبقية العقود، لكن الذي عليه أهل التحقيق من أهل العلم أنه يضمن في العقد الفاسد بالمسمى لا عوض المثل؛ «وذلك لأن العين لو أمكن ردها أو رد مثلها لكان ذلك هو الواجب؛ لأن العقد لما انتفى وجب إعادة كل حق إلى مستحقه، والمثل يقوم مقام العين. أما إذا كان الحق قد فات مثل الوطء في النكاح الفاسد، والعمل في المؤاجرات والمضاربات، والغبن في المبيع: فالقيمة ليست مثلا له، وإنما تجب - أي القيمة -

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٢٨٤) مغني المحتاج (١/ ١٣٧).

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٢٨٤). وانظر: بدائع الصنائع (٥/ ٣٠٤)، الإشراف للقاضي عبدالوهاب (٢/ ٦٤١)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/ ٣٠٧) الاعتناء (١/ ٥١٠-٥١١)، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٢٠/ ٥٠٩، ٢٩/ ٤٠٧-٤١٠، ٣٠/ ٥٨-٨٧، ٩١)، الطرق الحكمية (ص ٢٥١)، تقرير القواعد (١/ ٣٣٦-٣٤٦).

في بعض المواضع كالمتلف والمغصوب الذي تعذّر مثله؛ للضرورة؛ إذ ليس هناك شيء يوجد أقرب إلى الحق من القيمة، فكان ذلك هو العدل الممكن، كما قلنا مثل ذلك في القصاص ودية وأرش الجراح، واعتبرنا القيمة بتقويم الناس؛ إذ ليس هناك متعاقدان تراضيا بشيء، وأما هنا فقد تراضيا بأن يكون المسمى بدلا عن العين أو المنفعة، والناس يرضون لها ببدل آخر فكان اعتبار تراضيهما أولى من اعتبار رضا الناس.

فإن قيل: هما إنما تراضيا بهذا البدل في ضمن صحة العقد، ووجوب موجباته، وذلك منتف هنا؟

قيل: والناس إنما يجعلون هذا قيمة في ضمن عقد صحيح له موجباته، فلما تعذّر العقد هنا قدرنا وجود عقد يعرف به البدل الواجب فيه، فتقدير عقدهما الذي عقداه أولى من تقدير ما لم يوجد بحال، ولا رضيا به، ولم يعقده غيرهما. فإذا كان لا بدّ من التقدير والتقريب فما كان أشبه بالواقع كان أولى بالتقدير وأقرب إلى الصواب»[1].

* وأما الكيفية: فيوضحها الشيخ محمد العثيمين بقوله: «فالبيع في العقد الفاسد يجب فيه ضمان العين والمنفعة، وأما في العقد الصحيح فيجب فيه ضمان العين فقط؛ لأن المنفعة في العقد الصحيح مملوكة تبعا للعين، أما في العقد الفاسد فليس هناك ملك حتى نقول: إن المنفعة تابعة للملك، وعلى هذا فإذا تلف المبيع في البيع الفاسد فإننا نضمن العين والمنفعة، أي: مدة أجرتها ما

---

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٢٩/ ٤٠٩-٤١٠). وانظر: تقرير القواعد (١/ ٣٣٨-٣٣٩) (في الحاشية).

دامت في يده، فهنا اشتركا في أصل الضمان، أي: العقد الصحيح والفاسد، ولكن اختلفا في كيفية الضمان»(١).

المسألة الثانية: في أن المراد بالفاسد في القاعدة خلاف الباطل:

سأذكر في هذه المسألة ما وقفت عليه من أقوال الفقهاء، وما فهمته منها، وقد بدا لي أن أجعل رأي كل مذهب على حِدَة، وذلك كما يأتي:

أولاً: المذهب الحنفي:

يرى الحنفية أن العقد الباطل لا يدخل في حكم القاعدة؛ إذ إن العقد الباطل لا يفيد الملكية ولا يترتب عليه حكم مطلقا، سوى أن المقبوض بالعقد الباطل يكون أمانة عند قابضه، لا يضمنه إلا إذا تعدّى أو فرط.

وذلك «لأن الحكم للموجود، ولا وجود لهذا العقد الباطل إلا من حيث الصورة؛ لأن التصرف الشرعي لا وجود له بدون الأهلية والمحلية شرعا، كما لا وجود للتصرف الحقيقي إلا من الأهل في المحل حقيقة»(٢).

ثانياً: المذهب المالكي:

لم أقف على رأي للمالكية في هذه المسألة، ولا على تفريق لهم بين الفاسد والباطل، مما يدل على أنهم طردوا أصلهم في الترادف بين الفاسد والباطل، ولم يفرقوا بينهما في الأحكام. والله تعالى أعلم(٣).

---

(١) تقرير القواعد (٣٣٧/١) في الحاشية، وانظر: (٣٣٥/١)، المنثور (٩/٣).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٣٠٥/٥)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٩١)، مجمع الضمانات (٤٧٨/١-٤٨٠)، الدر المختار مع حاشيته (٥٩/٥)، درر الحكام (٣٩٣/١-٣٩٤).

(٣) انظر: قوانين الأحكام الشرعية (ص ٢٦١-٢٦٣)، حاشية الدسوقي (٥٤/٣).

ثالثاً: المذهب الشافعي:

تقدم معنا أن الأصل العام عند الشافعية أن الفساد والبطلان مترادفان[١]، بيد أنهم فرّقوا بينهما في بعض الأبواب[٢] والمسائل الفقهية، ولكن على غير أصول الحنفية[٣]؛ إذ إن الباطل عندهم: ما اختلّت صحته باختلال ركن من أركانها. والفاسد: ما اختلّت صحته بوجود شرط فاسد فيه[٤].

ومن الأمور التي فرّقوا فيها بين الباطل والفاسد قاعدتنا هذه. فإن (الباطل) لا يدخل في مسمى (الفاسد) في هذه القاعدة عندهم، ولا يترتب عليه أحكام الصحيح، بخلاف الفاسد، فإنهم يرتبون عليه أحكام الصحيح[٥]، وقد عللوا ذلك بقريب مما علل به الحنفية، حيث قال الشيخ بدر الدين الزركشي: «إذ ليس هناك عقد حتى يقال: فاسد»[٦].

رابعاً: المذهب الحنبلي:

عرفنا - فيما سبق - أن الأصل العام عند الحنابلة هو أن الفساد والبطلان مترادفان[٧]، غير أنهم فرّقوا بينهما في بعض المسائل التي دلّ عليها

(١) كما في صفحة ٢٢٧-٢٢٨.

(٢) كما في الكتابة والخلع والعارية والوكالة والشركة والقراض والحج. انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٢٨٦).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسبكي (٢/٩٨).

(٤) انظر: التمهيد للإسنوي (ص٥٩)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٢٨٧)، مغني المحتاج (٤/٥٣٢-٥٣٣).

(٥) انظر: التمهيد للإسنوي (ص٥٩-٦٠)، المنثور (٣/٧، ١١)، القواعد للحصني (٢/٢٢٧)، مغني المحتاج (٢/١٣٧).

(٦) المنثور (٣/١١).

(٧) كما في صفحة ٢٢٧-٢٢٨.

الدليل[١]؛ فكان الباطل عندهم: ما كان مجمعا على بطلانه، والفاسد: ما كان في بطلانه اختلاف بين العلماء[٢].

ومما فرّقوا فيه بين الباطل والفاسد هذه القاعدة، حيث إنهم لا يدخلون (الباطل) في مصطلح (الفاسد) في القاعدة؛ وذلك لأنهم لا يرتبون على العقد الباطل شيئاً من أحكام الصحيح، بخلاف الفاسد، فإنهم يثبتون له أحكام الصحيح[٣].

المطلب السادس

من فروع القاعدة

ثمة فروع كثيرة تندرج تحت القاعدة:

* من أهمّها أن كل عقد اقتضى صحيحه الضمان - كالبيع والإجارة والقرض والعمل في القراض والنكاح - فكذلك فاسده يقتضيه، وما لا يقتضي صحيحه الضمان - كالمضاربة والشركة والوكالة والوديعة والهبة والصدقة - فإن فاسده لا يقتضيه أيضا[٤].

* ومنها: «لو باع سيارة مطلقة دون تحديد بعشرة آلاف ريال، كان هذا البيع فاسدا لجهالة السيارة حيث لم يحدّد. فإن جاء البائع بسيارة وقبضها المشتري

---

(١) انظر: القواعد لابن اللحام (ص١١١).

(٢) انظر: المرجع السابق (ص ١١٢)، شرح الكوكب المنير (١/ ٤٧٤).

(٣) انظر: تقرير القواعد (١/ ٣٣٥)، القواعد لابن اللحام (ص١١٢-١١٣).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (٥/ ٢٣٨، ٢٦٣)، مجمع الضمانات (١/ ٦٩، ٤٧٦) المعونة (٢/ ١٠٧٤)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٣٤٨)، روضة الطالبين (٤/ ٨٩، ٤٠٠)، الأشباه والنظائر لابن الوكيل (١/ ١٠٥-١٠٦)، المنثور (٣/ ٨-٩)، المغني (٧/ ١٨١، ٨/ ١١٥)، تقرير القواعد (١/ ٣٣٤)، المبدع (٥/ ١٧).

- مع فساد البيع - ثم تلفت في يده، فعليه قيمتها يوم قبضها، لا الثمن الذي سمّيا»[١].

المطلب السابع

في المسائل المستثناة من القاعدة والأجوبة عنها

ذكر فقهاء الشافعية مسائل فقهية مستثناة من القاعدة، وقد أجاب بعضهم عنها بما يظهر عدم استثنائها؛ لذا رأيت أن أذكر أولاً المسائل التي استثنوها، ثم أتبع ذلك بذكر الأجوبة عليها، وذلك على النحو الآتي:

القسم الأول: المسائل الفقهية المستثناة من الشق الأول من القاعدة، وهو أن كل عقد اقتضى صحيحه الضمان فكذلك فاسده:

١- «إذا قال: قارضتك على أن الربح كله لي، فالصحيح أنه قراض فاسد، ومع ذلك لا يستحق العامل أجرة في الأصحّ»[٢].

٢- «إذا ساقاه على أن الثمرة جميعها لرب المال فكالقراض»[٣].

٣- «إذا ساقاه على وَدِيّ[٤] ليغرسه ويكون الشجر بينهما، أو ليغرسه ويتعهده مدة والثمرة بينهما: فسد، ولا أجر. وكذا إذا ساقاه على ودي مغروس وقدّر مدة لا يثمر فيها في العادة»[٥].

---

(١) موسوعة القواعد للبورنو (١٨٧/٥).

(٢) المنثور (٩/٣). وانظر: الأشباه والنظائر للسبكي (٣٠٧/١)، الاعتناء (ص٥١٠)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٢٨٣).

(٣) المنثور (٩/٣). وانظر: الاعتناء (ص٥١٠)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٢٨٣).

(٤) الوَدِيّ: صغار النخل.
انظر: معجم مقاييس اللغة (٩٨/٦)، القاموس الفقهي (ص٣٧٧).

(٥) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٢٨٤). وانظر: المنثور (١٠/٣).

٤- «إذا استأجر أبو الطفل أمه لإرضاعه، وقلنا: لا يجوز: لم تستحق أجرة المثل في الأصح»[١].

٥- «إذا استؤجر المسلم للجهاد وقاتل، وقلنا بفساد الإجارة، فلا أجرة له»[٢].

٦- «إذا قال الإمام لمسلم: إن دَلَلْتَنِي على قلعة كذا فلك منها جارية، ولم يعينها: فالصحيح الصحة، كما لو جرى مع كافر، فإن قلنا: لا تصح هذه الجعالة، فَدلَّ: لم يستحق أجرة»[٣].

٧- «لو عرض العين المستأجرة على المستأجر، فامتنع من تسلمها إلى أن انقضت المدة: استقرت الأجرة، ولو كانت الإجارة فاسدة لم تستقر»[٤].

٨- «النكاح الصحيح يوجب المهر، بخلاف الفاسد»[٥].

٩- «إذا صدر عقد الذمة من غير الإمام: لا يصح في الأصحّ، ولا جزية على الذمي فيه في الأصحّ»[٦].

القسم الثاني: المسائل الفقهية المستثناة من الشق الثاني من القاعدة، وهو أن ما لا يقتضي صحيحه الضمان فكذلك فاسده:

١- «الشركة. فإنها إذا صحّت لا يكون عمل كل منهما في مال صاحبه مضمونا عليه، وإذا فسدت يكون مضمونا بأجرة المثل»[٧].

---

(١) المنثور (٣/١٠). وانظر: الاعتناء (١/٥١٠)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٢٨٤).

(٢) المنثور (٣/١٠). وانظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٢٨٤).

(٣) ا لمنثور (٣/١٠). وانظر: الاعتناء (ص٥١٠)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٢٨٤).

(٤) الأشباه والنظائر للسبكي (١/٣٠٧). وانظر: المنثور (٣/٩)، تقرير القواعد (١/٣٣٥).

(٥) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٢٨٤).

(٦) المنثور (٣/١٠). وانظر: الاعتناء (ص٥١٠)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٢٨٣).

(٧) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٢٨٤). وانظر: المنثور (٣/١١)، الأشباه والنظائر للسبكي (١/٣٠٧)، الاعتناء (ص٥١٠).

٢- «لا ضمان في صحيح الهبة، وفي المقبوض بالهبة الفاسدة وجه: أنه يضمن كالبيع الفاسد»[1].

٣- «إذا صدر الرهن والإجارة من الغاصب، فتلفت العين في يد المرتهن أو المستأجر، فللمالك تضمينه على الصحيح. وإن كان القرار على الغاصب، مع أنه لا ضمان في صحيح الرهن والإجارة»[2].

٤- «إذا نكح امرأة نكاحا صحيحا، وماتت من الولادة: لم يضمنها، بلا خلاف، ولعله إجماع. ولو كان النكاح فاسدا ففي ضمانها قولان»[3].

٥- ما صدر من السفيه والصبي مما لا يقتضي صحيحه الضمان - كالإجارة والهبة والوديعة - فإنه يكون مضمونا على قابضه منه إذا تلف مع فساده[4].

هذا ما تمّ الوقوف عليه من المسائل المستثناة.

أما الأجوبة عليها فهي كما يلي:

أولاً: ذكر الفقيه بدر الدين الزركشي المسائل المستثناة من الشق الأول، فلما ذكر المسألة الأخيرة - وهي المسألة التاسعة من المسائل التي ذكرتها - قال: «قلت: وهذا من صور الباطلة لا الفاسدة؛ إذ ليس هناك عقد حتى يقال: فاسد»[5]، ثم قال: «وهذا البحث يطرق غالب هذه الصور، ويظهر عدم استثنائها»[6].

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٢٨٤). وانظر: المنثور (٣/١١)، الاعتناء (ص٥١٠).

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٢٨٤). وانظر: المنثور (٣/١١).

(٣) الأشباه والنظائر للسبكي (١/٣٠٧).

(٤) انظر: المرجع السابق، التمهيد للإسنوي (ص٦٠)، القواعد للحصني (٢/٢٢٧)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٢٨٤).

(٥) المنثور (٣/١١).

(٦) المرجع السابق.

ويعني بقوله: «هذه الصور»: أي المسائل المستثناة من الشق الأول.

وبمثله قال عبد الوهاب بن السبكي في المسألة نفسها: «وهذه لا تستثنى أيضا؛ لأن القائل بعدم الوجوب لا يقول بفسادها، بل يجعل الصادر لغوا غير عقد صحيح ولا فاسد»[(١)].

ثانياً: قال الشيخ محمد الشربيني[(٢)] - بعد ذكره للمسألتين الأولى والثانية من القسم الأول حسب ترقيمي - ما نصه: «والأولى عدم استثناء هاتين الصورتين؛ لأنهما لم يدخلا في هذه القاعدة؛ لأن المراد بها ما يقتضي فساده ضمان العوض المقبوض، والمالك لم يقبض عوضا فاسدا، والعامل رضي بإتلاف منافعه وباشر إتلافها»[(٣)].

ثالثاً: قال الشيخ محمد الشربيني: «ولو قيل في هذه القاعدة: (كل عين لا تعدّي فيها، وكانت مضمونة بعقد صحيح، كانت مضمونة بفاسد ذلك العقد، وما لا فلا) لم يرد - كما قال شيخي[(٤)] وغيره - شيء من هذه المسائل المستثنيات»[(٥)].

---

(١) مغني المحتاج (١٣٧/٢).

(٢) هو الفقيه النحوي محمد بن أحمد، وقيل: ابن محمد، الشربيني القاهري الشافعي، المعروف بالخطيب الشربيني، أخذ عن: أحمد البرلسي ومحمد الكردي وغيرهما، له مؤلفات منها: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، وشرح التنبيه، توفي سنة ٩٧٧هـ. انظر: شذرات الذهب (٣٨٤/٨)، معجم المؤلفين (٦٩/٣).

(٣) مغني المحتاج (١٣٧/٢).

(٤) هو الشيخ شهاب الدين أحمد الرملي المنوفي المصري الأنصاري الشافعي، أخذ عن القاضي زكريا الأنصاري ولازمه وانتفع به، كما أخذ عن غيره من العلماء، وأخذ عنه: ولده محمد والخطيب الشربيني والشهاب الغزي وغيرهم، له مؤلفات منها: شرح عظيم على صفوة الزبد في الفقه، وكتاب جُمعت فيه فتاواه، توفي سنة ٩٥٧هـ. انظر: شذرات الذهب (٣١٦/٨)، معجم المؤلفين (١٤٠/١).

(٥) مغني المحتاج (١٣٧/٢).

المبحث الثالث

قاعدة: كلّ يَدٍ ترتبت على يَدِ الغاصب فهي يَدُ ضمان

تتعلق هذه القاعدة بالضمان بسبب اليد، وقد يسر الله دراستها في المطالب التالية:

المطلب الأول

في صيغ القاعدة

لقد حظيت هذه القاعدة بعناية فائقة من قبل فقهاء المذهب الشافعي والمذهب الحنبلي، لذا كانت صيغ هذه القاعدة من نصيب فقهاء هذين المذهبين.

وقد وقفت على ثلاث صيغ للقاعدة، وهي كما يأتي:

الصيغة الأولى: «كل يد تبتنى على يد الغاصب فهي يد ضمان».

ذكر هذه الصيغة أبو حامد الغزالي في كتابه "الوجيز"[(١)].

الصيغة الثانية: «كل يد ترتبت على يد الغاصب فهي يد ضمان».

ذكر هذه الصيغة - مع شيء من الاختلاف في اللفظ - أبو القاسم الرافعي[(٢)]؛ بلفظ: «كل يد ترتبت على يد الغاصب فهي يد ضامن»[(٣)].

---

(١) (٢٠٧/١).

(٢) هو العلامة أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم بن الفضل القزويني الرافعي، سمع الحديث من أبيه وأبي حامد العمراني والخطيب النهري وغيرهم، وروى عنه الحافظ عبد العظيم المنذري ومحمد الإسفراييني وغيرهما، له مؤلفات منها: "العزيز في شرح الوجيز" و"المحرر" و"شرح مسند الشافعي"، توفي سنة ٦٢٣هـ.

انظر: تهذيب الأسماء واللغات (٢٦٤/٢-٢٦٥)، طبقات الشافعية لابن السبكي (٢٨١/٨).

(٣) العزيز (٤٠٨/٥).

وذكرها بنصها أبو زكريا النووي[١]، وتابعه عليها عبد الوهاب السبكي[٢]، وأبو حفص بن الملقن[٣][٤]، كما تابعه عليها محمد البكري، إلا أنه قال: «كل يد مترتبة على يد الغاصب يد ضمان»[٥].

الصيغة الثالثة: «الأيدي المترتبة على يد الغاصب أيدي ضمان».

ذكر هذه الصيغة أيضا أبو زكريا النووي[٦].

وتابعه عليها عبد الله البيضاوي[٧]، إلا أنه قال: «الأيدي المترتبة على يد الغاصب مضمنة»[٨]، كما تابعه عليها منصور البهوتي[٩] وعثمان بن قائد

---

(١) انظر: روضة الطالبين (٥/٩).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسبكي (١/٣٢٢).

(٣) هو المحدث الفقيه أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الأنصاري المصري الشافعي، المعروف بابن الملقن، ولد سنة ٧٢٣هـ أخذ عن التقي السبكي والعز بن جماعة وغيرهما، من مصنفاته: "شرح المنهاج" و"البدر المنير"، توفي سنة ٨٠٤هـ.
انظر: البدر الطالع (١/٥٠٨)، معجم المؤلفين (٢/٥٦٦).

(٤) الأشباه والنظائر لابن الملقن (٢/٤٣٢).

(٥) الاعتناء (٢/٦٤٣).

(٦) انظر: المنهاج مع مغني المحتاج (٢/٢٧٩).

(٧) هو القاضي ناصر الدين أبو الخير عبد الله بن عمر بن محمد بن علي البيضاوي الشيرازي، تولى قضاء القضاة بإقليمه، له مؤلفات منها: "الغاية القصوى" في الفقه، و"المنهاج" في أصول الفقه، و"شرح المصابيح" في الحديث، توفي سنة ٦٩١هـ وقيل غير ذلك.
انظر: طبقات الشافعية للسبكي (٨/١٥٧-١٥٨)، طبقات الشافعية للإسنوي (١/١٣٦).

(٨) الغاية القصوى (١/٥٧٢).

(٩) هو شيخ الحنابلة في مصر، الفقيه أبو السعادات منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن البهوتي، أخذ عن يوسف البهوتي ومحمد المرداوي وغيرهما، وأخذ عنه: محمد بن أبي السرور البهوتي وإبراهيم الصالحي وغيرهما، من مؤلفاته: كشاف القناع وشرح منتهى الإرادات وشرح المفردات وغيرها، توفي سنة ١٠٥١هـ.
انظر: السحب الوابلة (٣/١١٣١-١١٣٣)، هدية العارفين (٦/٤٧٦).

النجدي[١]، غير أنهما قالا: «الأيدي المترتبة على يد الغاصب كلها أيدي ضمان»[٢].

المطلب الثاني

في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة

الغاصب: من الغصب.

وهو في اللغة: مصدر غصب الشيء يغصبه غصبا واغتصبه فهو غاصب، وهو بمعنى أخذ الشيء على وجه الظلم والقهر، ويتعدى الفعل (غصب) إلى مفعولين بنفسه، فيقال: غصبته ماله، والغاصب: اسم فاعل، وجمعه: غصاب[٣].

والغصب في اصطلاح الفقهاء: عرف بتعريفات كثيرة ومختلفة، ترجع إلى اختلافهم في مفهومه، إلا أن أحسن ما قيل في تعريفه هو: أنه «الاستيلاء على حق الغير عدوانا»[٤].

أو يقال: هو: «استيلاء على حق غيره قهرا بغير حق»[٥].

---

(١) هو الفقيه عثمان بن أحمد بن سعيد بن عثمان بن قائد النجدي مولدا، الدمشقي رحلة، القاهري مسكنا ومدفنا، قرأ على عبد الله بن ذهلان ومحمد أبي المواهب ومحمد الخلوتي وغيرهم، من تلاميذه: أحمد بن عوض النابلسي وغيره، له مؤلفات منها: هداية الراغب شرح عمدة الطالب، وحاشية على المنتهى وغيرهما، توفي سنة ١٠٩٧هـ.

انظر: السحب الوابلة (٢/٦٩٧-٦٩٩)، هدية العارفين (٥/١٢٩-١٣٨).

(٢) الروض المربع (١/٦٤٣)، هداية الراغب (ص٣٩١).

(٣) انظر: لسان العرب (١/٦٤٨)، المصباح المنير (ص ١٧٠).

(٤) المنهاج مع مغني المحتاج (٢/٢٧٥)، كفاية الأخيار (ص٣٨٤)، السراج الوهاج (ص ٢٦٦).

(٥) الفروع (٤/٤٩٢). وانظر: زاد المستقنع (ص٩٨).

المطلب الثالث

في المعنى الإجمالي للقاعدة

إن كل من انتقل إليه المغصوب من الغاصب - بغصب أو بيع أو وديعة أو غيرها من العقود، دون أن تستند إلى ولاية شرعية كيد الحاكم والقاضي، أو إذن من المالك كيد وكيل المالك وكفيل الغاصب في رد المغصوب، وسواء علم من انتقل إليه بأنه غصب أم لم يعلم - فإن يده يد ضمان.

والمراد بيد الضمان هنا هو أن مالك العين المغصوبة يملك تضمين من انتقل إليه المغصوب؛ لأنه بالخيار إن شاء ضمن الغاصب، وإن شاء ضمَّن من انتقل إليه المغصوب، ولكن لا يلزم أن يستقر الضمان على من انتقل إليه المغصوب، فقد يكون لها الحق في الرجوع بالضمان على الغاصب، وقد لا يحق لها[1].

المطلب الرابع

في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة

اختلف الفقهاء في صحة هذه القاعدة — كل يد ترتبت على يد الغاصب فهي يد ضمان — على قولين:

القول الأول: إن هذه القاعدة صحيحة، فكل يد ترتبت على يد الغاصب فيصح للمالك أن يضمنها، سواء علمت اليد بالغصب أم لم تعلم. ولا يلزم أن يستقر الضمان عليها، فإن الأصل أن قرار الضمان على الغاصب إلا في بعض الحالات يكون على اليد القابضة.

---

(١) انظر: الاعتناء (٢/٦٤٣-٦٤٤)، مغني المحتاج (٢/٢٧٩)، كشاف القناع (٤/٩٩)، الضمان في الفقه الإسلامي (١/١٤٢).

هـذا مذهـب جمهـور أهل العلم من الحنفية[١] والمالكية[٢] والشافعية[٣]، وهو المذهب المشهور عند الحنابلة[٤].

وإليك تفصيل مذاهبهم على النحو الآتي:

أولاً: المذهب الحنفي:

إذا قبض شخص المغصوب من غاصبه - ببيع أو إجارة أو هبة أو صدقة أو رهن أو وديعة أو إعارة أو غصب - فللمغصوب حالتان:

الحالة الأولى: أن يكون باقياً بحاله. فهنا يخير المغصوب منه بين إمضاء العقد وأخذ بدل المغصوب أو فسخ العقد وأخذ عين المغصوب.

الحالة الثانية: أن يتلف المغصوب بيد القابض. فهنا يخير المالك بين تضمين الغاصب أو تضمين من قبضه من الغاصب[٥].

---

(١) انظر: مختصر اختلاف العلماء (٤/١٨٠-١٨١)، بدائع الصنائع (٧/١٤٣-١٤٥)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٤٢)، الفوائد الزينية (ص٤٤)، الدر المختار و حاشية رد المحتار (٦/١٧٩-١٨٠، ١٩٧-١٩٨)، شرح المجلة (ص٥٠٦-٥٠٧)، درر الحكام (٢/٥٩٢-٥٩٤).

(٢) انظر: الكافي لابن عبد البر (ص ٤٣٣-٤٣٤)، جامع الأمهات (ص٤١٣)، الشرح وحاشية الدسوقي (٣/٤٤٤، ٤٥٢، ٤٥٦-٤٥٨)، منح الجليل (٧/٨٥-٨٦، ١١٧-١١٨، ١٣٤-١٣٨).

(٣) انظر: المهذب مع المجموع (١٤/٣٨١-٣٨٢، ٣٨٩-٣٩٠)، التهذيب للبغوي (٤/٣١٥-٣١٨)، روضة الطالبين (٥/٩)، الغاية القصوى (١/٥٧٢)، الأشباه والنظائر للسبكي (١/٣٢٢-٣٢٣)، الأشباه والنظائر لابن الملقن (٢/٤٣٢)، الاعتناء (٢/٦٤٣-٦٤٤)، مغني المحتاج (٢/٢٧٩).

(٤) انظر: المغني (٦/٤٥٣، ٧/٣٩٧-٣٩٩)، تقرير القواعد (٢/٣٣٤-٣٥٤)، الإنصاف مع المقنع (١٥/٢٢١-٢٢٤، ٢٢٨-٢٢٩، ٢٣٢-٢٤١)، كشاف القناع (٤/٩٩)، الروض المربع مع حاشيته (٥/٤٠٢-٤٠٣)، هداية الراغب (ص٣٩١-٣٩٢).

(٥) واستثنوا الوقف. فإن المغصوب إذا غصب وقيمته أكثر، وكان الثاني أملأ من الأول. فإن المتولي إنما يضمن الثاني. انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٤٢)، الفوائد الزينية (ص٤٤).

أما قرار الضمان فيكون على الغاصب، أي: أنه إذا ضمَّن المالك القابض فإن القابض يرجع بالضمان على الغاصب، وإذا ضمَّن المالك الغاصب لم يكن للغاصب الرجوع على القابض.

هذا هو الأصل، ويستثنى منه حالات يكون فيها قرار الضمان على القابض، وهذه الحالات كما يلي:

١- أن يكون القابض عالما بالغصب.

٢- أن يتلف المغصوب بتعدّ القابض أو تقصيره.

٣- أن يكون القابض موهوبا له المغصوب، أو متصدقا عليه به، أو مستعيرا له؛ وذلك لأنه قبض المغصوب لمصلحة نفسه ومنفعتها.

٤- أن يكون القابض غاصبا من الغاصب، فإن قرار الضمان عليه؛ لأنه ضمن بفعل نفسه، وهو تفويت يد الملك حيث هلك المغصوب عنده[1].

ثانياً: المذهب المالكي:

إن كل يد ترتبت على يد الغاصب فهي يد ضمان.

فإذا تلفت العين المغصوبة عند المشتري من الغاصب. وكان عالما بالغصب. فإن المالك بالخيار: إن شاء ضمن الغاصب وإن شاء ضمن المشتري، سواء تلفت العين المغصوبة بجناية عمداً أم خطأً أم بسماوي.

وأما إذا كان المشتري من الغاصب جاهلا بالغصب فله ثلاث حالات:

---

(١) انظر: مختصر اختلاف العلماء (١٨٠/٤-١٨١)، بدائع الصنائع (١٤٣/٧-١٤٥)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٤٢)، الفوائد الزينية (ص ٤٤)، الدر المختار وحاشية رد المحتار (١٧٩/٦-١٨٠، ١٩٧-١٩٨)، شرح المجلة (ص٥٠٦-٥٠٧)، درر الحكام (٥٩٢/٢-٥٩٤).

الحالة الأولى: أن يتلف المشتري المغصوب عمدا. فالمالك بالخيار: إن شاء ضمن الغاصب، وإن شاء ضمن المشتري.

الحالة الثانية: أن يتلف المغصوب عند المشتري بآفة سماوية، فليس للمالك هنا تضمين المشتري، وإنما يرجع بالضمان على الغاصب.

الحالة الثالثة: أن يتلف المشتري المغصوب خطأ. ففيه قولان:

القول الأول: إنه كالعمد. فالمالك بالخيار: إن شاء ضمن الغاصب، وإن شاء ضمن المشتري.

القول الثاني: إنه كالذي تلف بآفة سماوية. فإن المالك ليس له مطالبة المشتري بالضمان، وإنما يرجع على الغاصب.

وأما استقرار الضمان فيكون على الغاصب إلا إذا علم المشتري بالغصب، فيكون على المشتري[1][2].

هذا حكم المشتري من الغاصب.

ومثله الهبة والرهن والوديعة وسائر العقود[3].

ثالثاً: المذهب الشافعي:

إن كل يد ترتبت على يد الغاصب فهي يد ضمان. فإن كانت العين المغصوبة باقية فإن المالك يطالب من عنده العين بالعين، ويطالب الغاصب بقيمة

---

(١) وقد أخذت هذا الاستثناء من مسألة: إذا قدّم الغاصب الطعام المغصوب لمالكه -وهو عالم به- فإنه لا يرجع على الغاصب. انظر: حاشية الدسوقي (٣/٤٥٢)، منح الجليل (٧/١١٧-١١٨).

(٢) انظر: الكافي لابن عبدالبر (ص٤٣٣-٤٣٤)، جامع الأمهات (ص٤١٣)، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي (٣/٤٤٤، ٤٥٢، ٤٥٦-٤٥٨)، منح الجليل (٧/٨٥-٨٦، ١١٧-١١٨، ١٣٤-١٣٨).

(٣) انظر: حاشية الدسوقي (٣/٤٥٧)، منح الجليل (٧/١٣٥).

الحيلولة، وإن كانت العين المغصوبة تالفة فيتخير المالك بين مطالبة الغاصب ومن ترتبت يده على يده، سواء علم المغصوب أم لا ؛ لأنه أثبت يده على مال غيره بغير إذنه، والجهل ليس مسقطا للضمان، بل للإثم.

وأما قرار الضمان فيكون على الغاصب إلا في الحالات التالية:

١- أن يعلم من ترتبت يده على يد الغاصب بالغصب فيكون قرار الضمان عليه.

٢- أن يجهل من ترتبت يده على يد الغاصب بالغصب، وكانت يده في أصلها يد ضمان، كالعارية والبيع والقرض.

٣- اختلفوا فيما إذا جهل من ترتبت يده على يد الغاصب بالغصب، وكانت يده في أصلها يد أمانة - كالوديعة والقراض - على ثلاثة أوجه: المذهب أن القرار على الغاصب، والوجه الثاني: أن القرار على المودع، والوجه الثالث: لا يطالب المودع أصلا.

٤- إذا وهب الغاصب المغصوب لشخص فهل القرار على الغاصب ؛ لأنها ليست يد ضمان، أم على المتهب ؛ لأنه أخذه للتملك؟ فيه قولان: أظهرهما أنه على المتهب[1].

رابعاً: المذهب الحنبلي:

إن الأيدي المترتبة على يد الغاصب كلها أيدي ضمان. فمتى انتقلت العين المغصوبة عن يد الغاصب إلى غير المالك لها فللمالك أن يتخير بين مطالبة الغاصب أو من صار إليه الغصب ؛ لأن من انتقل إليه الغصب إن كان عالما

---

(١) انظر: المهذب مع المجموع (١٤/ ٣٨١-٣٨٢، ٣٨٩-٣٩٠)، التهذيب للبغوي (٤/ ٣١٥-٣١٨)، روضة الطالبين (٥/ ٩)، الغاية القصوى (١/ ٥٧٢)، الأشباه والنظائر للسبكي (١/ ٣٢٢-٣٢٣)، الاعتناء (٢/ ٦٤٣-٦٤٤)، مغني المحتاج (٢/ ٢٧٩).

صار غاصبا، وإن كان جاهلا فلعموم قوله ﷺ: (على اليد ما أخذت حتى تؤديه)، ولأن العين المغصوبة صارت في يده بغير حق فملك المالك تضمينه كما يملك تضمين الغاصب.

لكن قرار الضمان يكون على الغاصب إلا في الحالتين التاليتين، فإنه يكون على من انتقل إليه الغصب، والحالتان هما:

١- أن يكون من انتقل إليه الغصب عالما به[١].

٢- أن يدخل من انتقل إليه الغصب على أن الضمان عليه[٢].

القول الثاني: إنه إذا تلف المغصوب عند من انتقل إليه من الغاصب - وكان جاهلا بالغصب - فليس للمالك مطالبته بالضمان؛ لأنه معذور بجهله بالغصب.

وهذا قول لبعض أهل العلم منهم أحمد في رواية عنه - ليست هي المشهورة[٣] -

---

(١) قال شيخ الإسلام ابن تيمية - في جواب له كما في مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٣١٩/٣٠) -: «بل للمشتري أن يرجع على الغاصب بالثمن الذي قبضه منه، سواء كان عالما بالغصب أو لم يكن عالما، فإن الثمن قبضه بغير حق ولو كان برضاه...». وانظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٣٨٩/٢٩).

(٢) انظر: المغني (٤٥٣/٦، ٣٩٧/٧-٣٩٩)، تقرير القواعد (٣٣٤/٢-٣٥٤)، الإنصاف مع المقنع (٢٢١/١٥-٢٢٤، ٢٢٨-٢٢٩، ٢٣٢-٢٤١)، كشاف القناع (٩٩/٤)، الروض المربع مع حاشيته (٤٠٢/٥-٤٠٣)، هداية الراغب (ص٣٩١-٣٩٢).

(٣) انظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٣٢٥/٢٩-٣٢٦)، الاختيارات الفقهية (ص١٦٣)، تقرير القواعد (٣٣٤/٢، ٣٣٥، ٣٣٧-٣٣٨، ٣٣٩، ٣٤٣، ٣٤٧، ٣٤٨، ٣٤٩، ٣٥١، ٣٥٣)، الإنصاف مع المقنع (٢٢٣/١٥)، تحفة أهل الطلب (ص ١٠٨).

اختارها شيخ الإسلام ابن تيمية[١] وتلميذه ابن قيم الجوزية[٢] والشيخ عبد الرحمن السعدي[٣].

وقال به المالكية فيما إذا كان المشتري من الغاصب جاهلا بالغصب، وكان تلف المغصوب بآفة سماوية، وكذا فيما إذا أتلف المشتري من الغاصب المغصوب خطأً لا عمداً - مع جهله بالغصب - على أحد القولين عندهم[٤].

وعللوا بأن من انتقل إليه المغصوب «مغرور، ولم يدخل على أنه مطالب، فلا هو التزم المطالبة ولا الشارع ألزمه بها، وكيف يطالب المظلوم المغرور، ويترك الظالم الغار»[٥].

القول المختار:

وبعد هذا العرض لأقوال الفقهاء في هذه المسألة ظهر لي - والله تعالى أعلم - أن أقرب القولين إلى الصواب هو القول الثاني؛ وذلك لما يلي:

أولاً: أن الذي قبض العين المغصوبة من الغاصب جاهل بالغصب، فهو إذن معذور بجهله.

---

(١) انظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٣٢٥/٢٩-٣٢٦)، الاختيارات الفقهية (ص ١٦٣).

(٢) انظر: إعلام الموقعين (٣٣٣/٣).

(٣) انظر: الإرشاد (ص١١٨)، المختارات الجلية ضمن المجموعة الكاملة لمؤلفات الشيخ عبد الرحمن السعدي (١٦٠/٢/٤-١٦١).

(٤) انظر: الشرح الكبير وحاشية الدسوقي (٤٥٧/٣)، منح الجليل (١٣٥/٧).

(٥) إعلام الموقعين (٣٣٣/٣).

ثانياً: أن حق المغصوب منه لن يضيع على هذا القول؛ لأنه يستطيع أن يطالب بحقه من الغاصب.

المطلب الخامس

من فروع القاعدة

ذكر الفقهاء كثيرا من المسائل الفقهية المتفرعة على القاعدة، أذكر منها ما يلي:

١- إذا غصب شخص من إنسان شيئاً، فجاء آخر وغصبه منه، فهلك في يده. فالمالك بالخيار: إن شاء ضمن الأول، وإن شاء ضمن الثاني. لكن الضمان يستقر على الغاصب الثاني[(١)].

٢- إذا باع الغاصب المغصوب، فهلك في يد المشتري. فإن المالك يتخير فيضمن أيهما شاء، فإن ضمن الغاصب جاز بيعه والثمن له، وإن ضمن المشتري بطل البيع ولا يرجع بالضمان على البائع ولكن يرجع بالثمن عليه[(٢)].

٣- إذا أجر الغاصب المغصوب: فإن تلفت العين في يد المستأجر فلمالكها تغريم من شاء منهما قيمتها، فإن غرّم المستأجر فله الرجوع بذلك على الغاصب، إلا أن يكون عالما بالغصب فليس له الرجوع عليه[(٣)].

٤- إذا أودع الغاصب المغصوب أو وكل رجلا في بيعه، ودفعه إليه، فتلف في يده، فللمالك تضمين أيهما شاء: فإن شاء غرَّم الغاصب - وكانا غير عالمين

(١) بدائع الصنائع (١٤٤/٧) بتصرف. وانظر: تقرير القواعد (٣٣٥/٢).

(٢) بدائع الصنائع (١٤٥/٧) بتصرف. وانظر: حاشية الدسوقي (٤٥٦/٣-٤٥٧)، التهذيب للبغوي (٣١٥/٤).

(٣) المغني (٣٩٧/٧) بتصرف. وانظر: درر الحكام (٥٩٣/٢)، التهذيب للبغوي (٣١٧/٤).

بالغصب - استقر الضمان عليه، ولم يرجع على أحد، وإن غرّمهما رجعا على الغاصب(١).

٥- إذا وهب الغاصب المغصوب لآخر، وسلمه إياه. فإن تلف في يد الموهوب له كان المغصوب منه مخيرا: إن شاء ضمن الغاصب، وإن شاء ضمن الموهوب له، فإن ضمن الموهوب له فليس له الرجوع ببدل الضمان على الغاصب(٢).

٦- إذا أعار الغاصب، فهلك في يد المستعير. فإن المالك بالخيار: إن شاء غرم الغاصب، وإن شاء غرم المستعير، وأيهما غرّم لا يرجع الضمان على صاحبه(٣).

٧- إذا رهن الغاصب المغصوب، فتلف عند المرتهن، فإنه يجوز للمالك تضمين المرتهن، ثم يرجع المرتهن بما ضمن على الغاصب، إلا أن يكون عالماً بالغصب، فليس له الرجوع عليه(٤).

---

(١) المغني (٣٩٧/٧) بتصرف. وانظر: درر الحكام (٥٩٤/٢).

(٢) درر الحكام (٥٩٣/٢) بتصرف. وانظر: الشرح الكبير وحاشية الدسوقي (٤٥٧/٣-٤٥٨)، التهذيب للبغوي (٣١٨/٤)، المغني (٣٩٨/٧-٣٩٩).

(٣) بدائع الصنائع (١٤٥/٧) بتصرف. وانظر: روضة الطالبين (٩/٥)، المغني (٣٩٨/٧).

(٤) انظر: درر الحكام (٥٩٤/٢)، تقرير القواعد (٣٣٧/٢).

المبحث الرابع

قاعدة يضمن بالعقد وباليد الأموال المحضة المنقولة إذا وجد فيها النقل

هذه إحدى القواعد الفقهية المتعلقة بضمان الأموال بسببَيِ العقد واليد، وقد كانت دراستها في المطالب التالية:

المطلب الأول

في صيغ القاعدة

ذكر الفقهاء بعض الصيغ والنصوص الفقهية المتضمنة لهذه القاعدة، أسوقها على النحو الآتي:

أولاً: «كل معنى يضمن به ما ينقل ويحول من الأعيان فإنه يضمن به ما لا ينقل منها ولا يحول».

هذه الصيغة ذكرها القاضي عبد الوهاب المالكي[1].

ثانياً: «الحر لا يدخل تحت اليد».

هذه الصيغة ذكرها كل من: عبد الوهاب السبكي[2] وبدر الدين الزركشي[3] وجلال الدين السيوطي[4] وابن نجيم الحنفي[5].

---

(١) الإشراف (٢/٦٣٠)، المعونة (٢/١٢١٤).

(٢) الأشباه والنظائر للسبكي (١/٣٥٢).

(٣) المنثور (٢/٤٣).

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ١٢٤).

(٥) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص١١١).

ثالثاً: «يضمن بالعقد وباليد الأموال المحضة المنقولة إذا وجد فيها النقل».

ذكر هذه الصيغة ابن رجب الحنبلي[١].

رابعاً: «ما يوجب ضمان المنقول يوجب ضمان الأصول».

ذكر هذه الصيغة الدكتور محمد الروكي[٢]، وقد اختصرها من صيغة القاضي عبد الوهاب المالكي السابقة[٣].

المطلب الثاني

في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة

الأموال: جمع مال، وقد سبق تعريفه[٤] بأنه «ما كان له قيمة مادية بين الناس، وجاز شرعا الانتفاع به في حال السعة والاختيار»[٥].

فعلى هذا يكون «من المال كل ما نملك من أرض ومتاع وحيوان ونقود ونحوها، وكذلك من المال ما لا نملكه بالفعل، ولكن يمكن أن يكون مملوكا ومنتفعا به انتفاعا عاديا، كالسمك في الماء والطير في الهواء والحيوان غير المستأنس، ومن ثم نفهم أن ضوء الشمس وحرارتها والهواء - ونحو هذا وذاك مما لا يمكن حيازته فعلا – لا يعد من الأموال وإن كانت فائدته جدا عظيمة»[٦].

---

(١) تقرير القواعد (٣٢٤/٢)، تحفة أهل الطلب (ص ١٠٦).

(٢) قواعد الفقه للروكي (ص٢٣٣).

(٣) الإشراف (٦٣٠/٢)، المعونة (١٢١٤/٢).

(٤) كما في صفحة ٦٩.

(٥) الفقه الإسلامي والحقوق المعنوية ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٢٤٧٧/٣/٥). وانظر: حاشية رد المحتار (٥٠١/٤، ٥٠/٥-٥١)، الموافقات (٣٢/٢)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٣٢٧)، الإقناع (١٥٦/٢)، الأموال ونظرية العقد (ص١٤٩-١٥٠)، أحكام المعاملات الشرعية (ص٢٨).

(٦) الأموال ونظرية العقد (ص١٥٠).

وقد اختلف الفقهاء في منافع الأعيان - كسكنى المنزل وركوب السيارة ولبس الثياب - هل تعد مالا؟ فذهب الحنفية إلى أنها ليست بأموال[1]، بينما ذهب الجمهور إلى كونها مالا[2].

ولعل: «اعتبار المنافع من الأموال هو أوجه الرأيين؛ لأنه المتفق مع عرف الناس والمنسق مع أغراضهم ومعاملاتهم، فهم لا يبتغون الأعيان إلا طلبا لمنافعها، ولأجلها يستعيضونها بالنفيس من أموالهم، وما لا منفعة له لا رغبة فيه ولا طلب له، وإذا طلب عدّ طالبه من الحمقى والسفهاء، وربما حجر عليه؛ ولذا كان في المنافع مجال واسع لمعاملتهم المالية، وليس أدلّ على ذلك من إقامة الخانات[3] والفنادق والحوانيت[4] والأسواق، وبناء دور السكنى، وإنشاء السكك الحديدية، وبناء البواخر، وما إلى ذلك مما هو معدّ للاستغلال بالاستعاضة عن منافعه؛ ولذا جاز أن يعتاض عن المنافع بالمال كما في الإجارة، وأن تكون مهرا، وقد جعله الله من الأموال لقوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا۟ بِأَمْوَٰلِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَٰفِحِينَ﴾[5]، أي: أحل الله لكم

---

(١) انظر: حاشية رد المحتار (٤/٥٠٢، ٥/٥١)، درر الحكام (١/١١٦).

(٢) انظر: الذخيرة (٨/٢٨١)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٤٤٢)، منح الجليل (٧/٧٦)، العزيز (٥/٤١٦)، روضة الطالبين (٥/١٣)، المنثور (٣/١٩٧)، مغني المحتاج (٢/٢، ٢٨٦)، الإقناع (٢/٥٨٨)، الروض المربع (١/٤٥٥)، كشاف القناع (٤/١١٢).

(٣) الخانات: جمع خان، وهو الدكان أو صاحب الدكان، وقيل: هو الذي ينزله المسافرون.
انظر: لسان العرب (١٣/١٤٦)، المصباح المنير (ص ٧٠).

(٤) الحوانيت: جمع حانوت، وهو الدكان، وحانوت يذكر ويؤنث لغتان.
انظر: تهذيب الأسماء واللغات (٣/١/٧٣)، القاموس المحيط (ص ١٩٣).

(٥) سورة النساء، الآية [٢٤].

أن تطلبوا بأموالكم زوجات لكم محصنين أنفسكم غير زانين ممن لم يحرمه عليكم من النساء في الآيات السابقة»[١].

المحضة: في اللغة: الخالصة، يقال: فضة محضة، أي: خالصة[٢].

والمراد بالأموال المحضة: الأموال الخالصة الخالية من شائبة الحرية[٣]؛ فالعبد والسيارات والأراضي والعقارات كلها أموال محضة، وأم الولد[٤] والمكاتب[٥] والمدبر[٦] أموال ليست بمحضة؛ لوجود شائبة الحرية فيها.

وقد جعل العلامة ابن رجب غير الأموال المحضة في نوعين:

الأول: ما فيه شائبة الحرية؛ لثبوت بعض أحكامها دون حقيقتها، كأم الولد والمكاتب والمدبر.

الثاني: الحرّ المحض[٧].

---

(١) أحكام المعاملات الشرعية (ص٣٠-٣١).

(٢) انظر: مختار الصحاح (ص ٦١٦)، القاموس المحيط (ص ٨٤٢).

(٣) انظر: تقرير القواعد (٢/٣٢٤-٣٢٥).

(٤) أم الولد: هي الْحُرُّ حملها من وطءِ مالِكها عليه جبراً.

انظر: شرح حدود ابن عرفة (٢/٦٧٩)، ومعجم لغة الفقهاء (ص٨٨).

(٥) المكاتب: من الكتابة، وهي: عتق على مال مؤجل من العبد موقوف على أدائه.

انظر: أنيس الفقهاء (ص١٧٠)، شرح حدود ابن عرفة (٢/٦٧٦)، الزاهر (ص٥٦١)، حلية الفقهاء (ص٢٠٩).

(٦) المدبر: هو المعتق من ثلث مالكه بعد موته بعتق لازم.

انظر: شرح حدود ابن عرفة (٢/٦٧٥)، حلية الفقهاء (ص٢٠٨)، تهذيب الأسماء واللغات (٣/١/١٠٣).

(٧) انظر: تقرير القواعد (٢/٣٢٥-٣٢٦).

فأما النوع الأول فهي أموال غير محضة، وأما النوع الثاني فهو ليس بمال أصلا[١]؛ ولعل هذا هو السر في تعبير العلامة ابن رجب حيث قال: «وأما غير الأموال المحضة فنوعان...»[٢]، ولم يقل: وأما الأموال غير المحضة. والله تعالى أعلم.

المنقولة: يقسم الفقهاء المال إلى قسمين:

الأول: المنقول، وهو: كل مال يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر، ويشمل النقود والعروض والحيوان ونحوها من القيميات والمثليات، ويدخل فيه السفن والطائرات والسيارات اليوم.

الثاني: غير المنقول وهو: كل ما لا يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر، كالأرض والدور[٣].

واختلف الفقهاء في البناء والشجر هل يعدّان من المنقولات أو من غيرها؟ على قولين:

القول الأول: إن البناء والشجر يعتبران من المنقولات، إلا إذا كانا تابعين للأرض، فيلحقان بالعقار حكماً على سبيل التبعية، وهذا قول الحنفية[٤].

(١) انظر: حاشية رد المحتار (٥٠٢/٤)، درر الحكام (١١٥/١)، التلقين (ص٣٥٩)، الأشباه والنظائر للسبكي (٣٥٢/١)، الإقناع (١٦٢/٢).

(٢) تقرير القواعد (٣٢٥/٢).

(٣) انظر: درر الحكام (١١٦/١-١١٧)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (١٤٤/٣-١٤٥)، روضة الطالبين (٥١٧/٣)، المغني (٤٥٠/٦)، الأموال ونظرية العقد (ص١٥١)، المدخل للفقه الإسلامي لمدكور (ص٤٨٦-٤٨٧)، المدخل إلى نظرية الالتزام (ص١٦٣).

(٤) انظر: حاشية رد المحتار (٢١٧/٦-٢١٨، ٣٦١/٤)، درر الحكام (٧٦٩/٢-٧٧١).

القول الثاني: إن البناء والشجر القائمين يعدّان من العقار، وهو قول المالكية[١] والشافعية[٢] والحنابلة[٣].

المطلب الثالث

في المعنى الإجمالي للقاعدة

إذا انتقلت الأموال الخالصة الخالية من شائبة الحرية، التي يمكن نقلها من مكان إلى آخر، فإنها تضمن بسببَي العقد واليد.

المطلب الرابع

في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة

إن دراسة القاعدة تقتضي منا الكلام على ثلاثة فروع، هي كما يلي:

الفرع الأول: في اشتراط النقل في ضمان الأموال المحضة المنقولة بالعقد واليد، وتحته مسألتان:

المسألة الأولى: في اشتراط النقل في ضمان الأموال المحضة المنقولة بالعقد.

المسألة الثانية: في حكم ضمان الأموال المحضة المنقولة باليد.

الفرع الثاني: في ضمان الأموال المحضة غير المنقولة بالعقد واليد. وتحته مسألتان:

المسألة الأولى: متى تضمن الأموال المحضة غير المنقولة بالعقد؟

---

(١) انظر: الإشراف (٢/٦٣٠)، عقد الجواهر الثمينة (٢/٧٥٧-٧٥٨)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٩٢، ١٤٥، ٤٧٦، ٤٧٩).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٣/٥١٧)، مغني المحتاج (٢/٧١).

(٣) انظر: المغني (٦/٤٥٠)، المطلع (ص٢٥٦).

المسألة الثانية: هل يتحقق ضمان اليد في الأموال المحضة غير المنقولة كالعقار؟.

الفرع الثالث: في حكم ضمان الأموال غير المحضة. وتحته ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: هل يضمن الحر باليد؟.

المسألة الثانية: في حكم ضمان منفعة الحر باليد.

المسألة الثالثة: هل يضمن باليد ما فيه شائبة الحرية كأم الولد والمكاتب والمدبر.

هذه عناوين الفروع والمسائل، وإليك تفصيلها على النحو الآتي:

الفرع الأول: في اشتراط النقل في ضمان الأموال المحضة المنقولة بسببي العقد واليد:

يمكن دراسة هذا الفرع في المسألتين التاليتين:

المسألة الأولى: في اشتراط النقل في ضمان الأموال المحضة المنقولة بسبب العقد:

اتفق فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على أن الأموال المحضة المنقولة تضمن بالعقد إذا وجد النقل(١).

واختلفوا في اشتراط النقل لضمان الأموال المحضة المنقولة بسبب العقد إلى عدة مذاهب، أذكر أولاً رأي كل مذهب على حدة؛ لمعرفة التفصيلات والتفريعات في كل مذهب عن سواه، ثم ألخص هذه المذاهب إلى ثلاثة أقوال، وذلك حسب التفصيل الآتي:

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (٢٣٩/٥)، الإشراف (٥٥٣/٢)، روضة الطالبين (٥٠١/٣)، المغني (١٨١/٦-١٨٦).

أولاً: المذهب الحنفي:

إن الضمان متعلق بالقبض، ويحصل القبض بمجرد التخلية[(١)(٢)].

ثانياً: المذهب المالكي:

إن الضمان يحصل بمجرد العقد، ولا يحتاج إلى قبض بنقل أو تخلية إلا إذا كان المبيع مما فيه حق توفية كالمكيل والموزون والمعدود والمذروع، فلا بدّ لدخوله في الضمان من قبضه، ويحصل قبضه بكيله أو وزنه أو عدّه أو ذرعه[(٣)].

ثالثاً: المذهب الشافعي:

إن الضمان بالعقد لا يكون إلا بالقبض، وأما كيفية القبض في المنقول فإن المبيع فيه قسمان:

القسم الأول: ما فيه حق توفية كالمكيل والموزون والمذروع والمعدود، فيحصل قبضه بكيله أو وزنه أو ذرعه أو عدّه مع نقله.

القسم الثاني: ما ليس فيه حق توفية، ففي قبضه ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: لا يكفي فيه التخلية، بل يشترط النقل والتحريك، وهو المذهب والمشهور.

الوجه الثاني: يكفي فيه التخلية.

---

(١) التخلية: أن يأذن البائع للمشتري بقبض المبيع، ولا مانع يمنعه من تسلمه.
انظر: شرح المجلة (ص١٣٧)، الشرح الممتع (٤/ ٣٨٢).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٥/ ٢٣٨-٢٣٩)، حاشية رد المحتار (٤/ ٥٦٢)، الفرائد البهية (ص٥٣)، شرح المجلة (ص١٣٦-١٣٧).

(٣) انظر: الإشراف (٢/ ٥٤٧، ٥٥٣)، بداية المجتهد (٢/ ٢٢٠-٢٢١)، عقد الجواهر الثمينة (٢/ ٥٠٣-٥٠٤)، إيضاح المسالك (ص١١٩-١٢١)، شرح المنهج المنتخب (ص٢٩٩-٣٠١).

الوجه الثالث: تكفي التخلية لنقل الضمان إلى المشتري، ولا تكفي لجواز تصرفه[١].

رابعاً: المذهب الحنبلي:

ينقسم المنقول في الضمان بالعقد إلى قسمين:

القسم الأول: ما فيه حق توفية كالمكيل والموزون، فلا يكون الضمان فيه إلا بالقبض.

القسم الثاني: ما ليس فيه حق توفية، ففيه روايتان:

الرواية الأولى: أنه يضمن فيه بمجرد العقد ولا يحتاج إلى قبض[٢]، وهي المذهب، وعليها جماهير الحنابلة.

الرواية الثانية: أنه لا يضمن بالعقد إلا بالقبض.

وأما كيفية القبض في المنقولات ففيها روايتان أيضا:

الرواية الأولى: أن القبض في المكيل بكيله، وفي الموزون بوزنه، وفي المعدود بعدّه، وفي المذروع بذرعه، وفي الصبرة وما ينقل بنقله، وفيما يتناول بتناوله.

الرواية الثانية: أن قبض جميع الأشياء بالتخلية مع التمييز[٣].

---

(١) انظر: الحاوي (٥/٢٢٠-٢٢١)، روضة الطالبين (٣/٥٠١، ٥١٧-٥٢٠)، الاعتناء (١/٤٣٥)، مغني المحتاج (٢/٦٥، ٧٢-٧٣).

(٢) هذا إذا كان البائع باذلا للمبيع غير ممتنع من تسليمه. أما إذا امتنع البائع من تسليمه كان الضمان على البائع.

انظر: شرح الزركشي (٣/٥٤٠)، تقرير القواعد (١/٢٩٥)، الشرح الممتنع (٨/٣٧٨-٣٨٠).

(٣) انظر: المغني (٦/١٨١-١٨٨)، تقرير القواعد (١/٢٩٥-٢٩٨، ٢/٣٢٤)، الإنصاف مع المقنع (١١/٥٠، ٥٠٤-٥٠٧، ٥١٢-٥١٤).

ملخص الأقوال في المسألة:

يمكن تلخيص هذه المذاهب وإرجاعها إلى قولين:

القول الأول: إن الضمان بالعقد لا يكون إلا بالقبض، ثم اختلف أصحاب هذا القول في كيفية القبض على رأيين:

الرأي الأول: لا يحصل القبض إلا بالنقل، وهو المذهب المشهور عند الشافعية، ورواية عند الحنابلة فيما ليس فيه حق توفية.

الرأي الثاني: إن القبض يتحقق بمجرد التخلية ولا يلزم النقل، وهو قول الحنفية وقول عند الشافعية ورواية عند الحنابلة.

القول الثاني: إن الضمان يكون بمجرد العقد، ولا يحتاج إلى قبض بنقل أو تخلية، غير أن المبيع إذا كان مما فيه حق توفية - كالمكيل والموزون والمعدود والمذروع - فلا بدّ لدخوله في ضمان المشتري من كيله أو وزنه أو عدّه أو ذرعه، وهو قول المالكية والمذهب عند الحنابلة.

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بأدلة نقلية وعقلية، هي كما يلي:

١ - عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما عن رسول الله ﷺ أنه قال: قال رسول الله ﷺ: **«من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه»**، وفي لفظ: **«حتى يكتاله»**، قال ابن عباس: وأحسب كل شيء بمنزلة الطعام[1].

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب البيوع، باب بيع الطعام قبل أن يقبض، وبيع ما ليس عندك (٢/٩٨) برقم (٢١٣٥)، ومسلم في صحيحه: كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض (٣/١١٥٩-١١٦٠) برقم (١٥٢٥)، واللفظ له.

٢- عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: **(من اشترى طعاما فلا يبعه حتى يكتاله)**[١].

٣- عن عبد الله بن عمر[٢] رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: **(من اشترى طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه)**. قال: وكنا نشتري الطعام من الركبان جزافا، فنهانا رسول الله ﷺ أن نبيعه حتى ننقله من مكانه. وفي لفظ آخر: **(حتى يستوفيه ويقبضه)**[٣].

٤- وعن عبدالله بن عمر رضي الله عنهما قال: ابتعت زيتا في السوق، فلما استوجبته لنفسي لقيني رجل فأعطاني به ربحا حسنا، فأردت أن أضرب على يده، فأخذ رجل من خلفي بذراعي، فالتفت فإذا زيد بن ثابت، فقال: لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزه إلى رحلك، فإن رسول الله ﷺ نهى أن تباع السلع

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه: كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض (١١٦٢/٣) برقم (١٥٢٨).

(٢) هو الصحابي الجليل عبدالله بن عمر بن الخطاب بن نفيل، أبو عبد الرحمن القرشي العدوي، روى عن النبي ﷺ، وأبي بكر وعمر وعثمان وعلي وغيرهم، وروى عنه مولاه نافع، وسعيد بن جبير، والحسن البصري وغيرهم، أسلم -رضي الله عنه- وهو صغير، وهاجر مع أبيه ولم يحتلم بعد، أول غزواته الخندق، وبايع تحت الشجرة، كما أنه لم يقاتل في شيء من الفتن، توفي سنة ٧٣هـ وقيل غير ذلك.

انظر: أسد الغابة (٣٤٠/٣)، سير أعلام النبلاء (٢٠٣/٣)، الإصابة (١٠٧/٤-١٠٩).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب البيوع، باب بيع الطعام قبل أن يقبض، وبيع ما ليس عندك (٩٨/٢-٩٩) برقم (٢١٣٦)، ومسلم في صحيحه: كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض (١١٦٠/٣-١١٦١) برقم (١٥٢٦)، واللفظ له.

حيث تبتاع، حتى يحوزها التجار إلى رحالهم[١].

٥- عن جابر بن عبد الله[٢] رضي الله عنهما قال: كان رسول الله ﷺ يقول: **(إذا ابتعت طعاما فلا تبعه حتى تستوفيه)**[٣].

٦- عن حكيم بن حزام[٤] ﷺ قال: قلت: يا رسول الله! إني أبتاع هذه البيوع فما يحل لي منها وما يحرم علي؟ قال: **(يا ابن أخي! لا تبيعن شيئاً**

---

(١) أخرجه أحمد في المسند (١٩١/٥)، وأبو داود في سننه: كتاب البيوع والإجارات، باب في بيع الطعام قبل أن يستوفى (٧٦٥/٣) برقم (٣٤٩٩) واللفظ له، والدارقطني في سننه (١٢/٣-١٣)، والحاكم في المستدرك (٤٦/٢-٤٧) وصححه، ونقل في التعليق المغني مع سنن الدارقطني (١٣/٣) عن صاحب التنقيح أنه قال: سنده جيد، وحسّنه الألباني في صحيح سنن أبي داود (٣٧٢/٢-٣٧٣).

(٢) هو الصحابي الجليل جابر بن عبد الله بن عمرو بن حرام، أبو عبد الله الأنصاري الخزرجي السلمي المدني الفقيه، روى علما كثيرا عن النبي ﷺ وأبي بكر وعمر وغيرهم، حدث عنه ابن المسيب وعطاء بن أبي رباح ومحمد بن المنكدر وغيرهم، شهد ليلة العقبة الثانية مع والده، وبيعة الرضوان والخندق، وكان مفتي المدينة في زمانه، توفي -ﷺ- سنة ٧٨هـ، وقيل غير ذلك.

انظر: سير أعلام النبلاء (١٨٩/٣)، الإصابة (٣٢٢/١-٣٢٣).

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه: كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض (١١٦٢/٣) برقم (١٥٢٩).

(٤) هو الصحابي الجليل حكيم بن حزام بن خويلد بن أسد، أبو خالد القرشي الأسدي، قيل: ولد قبل عام الفيل بثلاث عشرة سنة، وكان من أشراف قريش وعقلائها، أسلم يوم الفتح وحسن إسلامه، ثم غزا حنينا والطائف، وكان من المؤلفة، حدث عنه ابنه هشام الصحابي وحزام، وسعيد بن المسيب وعروة وغيرهم، توفي -ﷺ- سنة ٥٤هـ.

انظر: سير أعلام النبلاء (٤٤/٣)، الإصابة (٣٢/٢-٣٣).

حتى تقبضه)[١].

وجه الدلالة من هذه الأحاديث: دلّت هذه الأحاديث بمنطوقها على عدم جواز بيع السلع حتى تقبض، وعدم جواز بيع السلع قبل القبض يدلّ على أن السلع لا تكون مضمونة على المشتري إلا بالقبض؛ لأن النبي ﷺ نهى عن ربح ما لم يضمن[٢]؛ لذا فإن المنع من البيع ولزوم الضمان للبائع متلازمان.

٧- عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: (لو بعت من أخيك ثمرا فأصابته جائحة، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً، بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟)[٣].

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ جعل الثمر المبيع الذي أصابته جائحة قبل القبض من ضمان البائع، وهذا الحكم لا يختص بالثمار بل يشمل جميع السلع.

٨- لأن التسليم واجب على البائع؛ لأنه في يده، فإذا تعذر - بتلفه - انفسخ العقد، المكيل والموزون والمعدود[٤].

٩- لأنه قبض مستحق بالبيع، فإذا تعذر انفسخ البيع كما لو تفرقا في عقد الصرف قبل التقابض[٥].

---

(١) أخرجه أحمد في المسند (٣/٤٠٢)، وعبد الرزاق في مصنفه (٨/٣٩)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٥/١٥٥)، والدارقطني في سننه (٣/٨-٩)، والبيهقي في سننه: كتاب البيوع، باب النهي عن بيع ما لم يقبض وإن كان غير طعام (٥/٣١٣) واللفظ له، وحسّنه البيهقي، والنووي كما في المجموع (٩/٣٢٨)، وجوّد إسناده أحمد البنا في الفتح الرباني (١٥/١٤٦).

(٢) تقدم تخريجه صفحة ٢٠٧.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه: كتاب المساقاة، باب وضع الجوائح (٣/١١٩٠) برقم (١٥٥٤).

(٤) المغني (٦/١٨٦). وانظر: بدائع الصنائع (٥/١٨١).

(٥) العزيز (٤/١٨٧).

أدلـة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بأدلة من المنقول والمعقول، أذكرها كما يلي:

١- عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: **(الخراج بالضمان)**[١].

وجـه الدلالـة: دلّ الحديث أن من لـه غُنم شيء فعليه غرمه، فكما أن الملك للمشتري ولـه غنم المملوك، فعليه أيضا غرمه، فإذا تلف المبيع فهو من ضمان المشتري[٢].

٢- عـن عـبد الله بـن عمـر رضـي الله عـنهما قـال: سمعـت رسـول الله ﷺ يقـول: **(من ابتاع نخلا بعد أن تؤبّر[٣] فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع، ومن ابتاع عبدا ولـه مال فماله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع)**[٤].

وجه الدلالة: دلّ الحديث على أن الملك ينتقل بمجرد العقد، فإذا انتقل ملك المبيع إليه كان ضمانه عليه كسائر أمواله[٥].

٣- عـن عـبد الله بـن عمـر رضـي الله عنهما عن رسول الله ﷺ أنه قال: **(إذا تبايع الـرجلان فكـل واحـد مـنهما بالخيار مـا لم يتفرقا وكانـا جميعا، أو يخير**

---

(١) تقدم تخريجه صفحة ٢٠٧.

(٢) انظـر: الإشـراف للقاضـي عـبد الوهـاب (٥٥٣/٢)، شـرح الزركشـي (٥٣٣/٣-٥٣٤)، الشرح الممتع (٣٧٨/٨).

(٣) تؤبّـر: مـن التأبير، أي: التلقيح، وهو: أن يأخذ شيئاً من طلع الفحل فيدخله بين ظهراني طلـع الإناث من النخل. انظر: حاشية رد المحتار (٥٥٣/٤)، المنتقى للباجي (٢١٥/٤)، الأم (٤١/٣).

(٤) أخـرجه الـبخاري في صـحيحه: كـتاب الشـرب والمسـاقاة، بـاب حلـب الإبـل عـلى المـاء (١٦٩/٢-١٧٠) برقم (٢٣٧٩)، ومسلم في صحيحه: كتاب البيوع، بـاب من بـاع نخلا عليها ثمر (١١٧٢/٣-١١٧٣) برقم (١٥٤٣).

(٥) انظر: السيل الجرار (١٢١/٣)، الشرح الممتع (٣٧٨/٨).

أحدهما الآخر، فإن خير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع، وإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع)[1].

وجه الدلالة: «إن النبي ﷺ قد أخبرنا بأنه إذا حصل التفرق من مجلس العقد فقد وجب البيع، ومعلوم أن وجوب البيع يقتضي دخوله في ملك المشتري وخروجه من ملك البائع، وإذ قد دخل في ملك المشتري صار له غنمه وعليه غرمه كسائر أمواله، فيتلف من ماله»[2].

٤- عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: (لو بعت من أخيك ثمرا فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً، بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟)[3].

وجه الدلالة: «إن النبي ﷺ بيّن في هذا الحديث الصحيح أنه إذا باع ثمرا فأصابته جائحة فلا يحل له أن يأخذ منه شيئاً، ثم بين سبب ذلك وعلته، فقال: (بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟)، وهذا دلالة على ما ذكره الله في كتابه من تحريم أكل المال بالباطل، وأنه إذا تلف المبيع قبل التمكن من قبضه كان أخذ شيء من الثمن أخذ ماله بغير حق، بل بالباطل، وقد حرم الله أكل المال بالباطل؛ لأنه من الظلم المخالف للقسط الذي تقوم به السماء والأرض. وهذا الحديث أصل في هذا الباب»[4].

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب البيوع، باب إذا خير أحدهما صاحبه بعد البيع فقد وجب البيع (٩٢/٢) برقم (٢١١٢)، ومسلم في صحيحه: كتاب البيوع، باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين (١١٦٣/٣) برقم (١٥٣١).

(٢) السيل الجرار (١٢١/٣).

(٣) تقدم تخريجه صفحة ٢٦٤.

(٤) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٢٦٨/٣٠) بتصرف يسير. وانظر: (٢٣٨/٣٠) و(٣٩٨/٢٩، ٥٠٨).

٥- عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أنه قال: «ما أدركت الصفقة[١] حيّاً مجموعا[٢] فهو من مال المبتاع»[٣].

وجه الدلالة: أن الأثر دلّ على أن المبيع الحي المجموع المتعين يكون ضمانه من مال المشتري، ومفهومه أن غير المجموع المتعيّن يكون ضمانه من مال البائع.

٦- ولأنه مبيع متعين لا يتعلق به حق توفية، خراجه للمشتري، فكان تلفه منه، أصله إذا قبض[٤]، ولا يلزم عليه ما فيه حق توفية كالمكيل والموزون؛ لأنه غير متعين[٥].

٧- لأن المبيع الذي يتعلق به حق توفية مضمون على المشتري بعد القبض، فكان من ضمانه قبل القبض كالميراث[٦].

القول المختار:

بعد التمعن في الأقوال والأدلة في المسألة يظهر لي أن أقرب القولين إلى الصواب القول الثاني، وهو قول المالكية والمذهب عند الحنابلة؛ وذلك للأسباب التالية:

---

(١) الصفقة: تطلق على العهد والميثاق والعقد، ولعل المراد به هنا عقد البيع.
انظر: النهاية في غريب الحديث (٣/٣٨)، تهذيب الأسماء واللغات (٣/١/١٧٨)، القاموس الفقهي (ص٢١٣).

(٢) المراد بالمجموع: أي لم يتغير عن حالته. انظر: فتح الباري (٤/٤١٣).

(٣) ذكره البخاري تعليقا في صحيحه: كتاب البيوع، باب إذا اشترى متاعا أو دابة فوضعه عند البائع أو مات قبل أن يقبض (٢/٩٩)، ووصله الطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/١٦)، والدارقطني في سننه (٣/٥٣-٥٤)، وابن حجر في تغليق التعليق (٣/٢٤٢)، وقال: هذا موقوف صحيح الإسناد.

(٤) الإشراف (٢/٥٤٧). وانظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٢٩/٤٠٥).

(٥) انظر: المقنع للبنا (٢/٦٨٠).

(٦) انظر: المغني (٦/١٨٦)، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٢٩/٤٠٥).

أولاً: إنه لم يأت دليل يدل على أنه لا بدّ من القبض في دخول المبيع في ملك المشتري وضمانه، ولم ترد الأدلة إلا في نهي البائع عن أن يبيع ما لم يكن في قبضه وما ليس عنده[1].

ثانياً: يمكن الإجابة عن أدلة أصحاب القول الأول – الحنفية والشافعية ورواية عند الحنابلة – بما يلي:

(أ) أما الأدلة الستة الأولى فإنها لا تدل على أن هناك تلازما بين التصرف في المبيع والضمان، وإنما تدل على أنه لا يجوز للمشتري أن يبيع ما اشتراه حتى يقبضه؛ لذا «فإن جواز التصرف فيه ليس ملازما للضمان ولا مبنيا عليه، بل قد يجوز التصرف فيه حيث يكون من ضمان البائع»[2]، ومن أمثلته:

* إن الثمار إذا تلفت قبل تمكن المشتري من جذاذها كانت من ضمان البائع، مع أنه يجوز للمشتري التصرف فيها بالبيع وغيره. وقد ثبت بالسنة أن الثمار من ضمان البائع، كما جاء عن جابر بن عبدالله رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: **(لو بعت من أخيك ثمرا فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً، بم تأخذ مال أخيك بغير حق)**[3][4].

* «إن منافع الإجارة مضمونة على المؤجر قبل الاستيفاء، بمعنى أنها إن تلفت بآفة سماوية – كموت الدابة - وتعطلت المنافع كانت من ضمان المؤجر؛

---

(١) انظر: السيل الجرار (٣/١٢١).

(٢) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٢٩/٥٠٧).

(٣) تقدم تخريجه صفحة ٢٦٤.

(٤) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٢٩/٣٩٨-٣٩٩) بتصرف يسير. وانظر: (٢٩/٥٠٨).

لأنها تلفت قبل التمكن من استيفائها، مع أنه يجوز للمستأجر التصرف فيها حتى بالبيع»[(١)].

كما أنه قد يمنع المشتري من التصرف في المبيع حيث يكون الضمان عليه، ومثاله: أن من اشترى صبرة طعام لم يبعها حتى ينقلها، مع أنها من ضمان المشتري[(٢)].

وبهذا اتضح أنه قد يجوز التصرف حيث يكون الضمان على البائع، كما في الثمار ومنافع الإجارة، كما أنه قد يمنع التصرف حيث يكون الضمان على المشتري كالصبرة من الطعام، فثبت بهذا عدم التلازم بين التصرف والضمان[(٣)].

(ب) أما الدليل السابع فقد ردّ عليه العالم محمد الشوكاني بقوله: «قد ثبت في الصحيحين وغيرهما من حديث أنس ما يدل على تقييد هذا الوضع بما إذا وقع قبل الصلاح»، ولفظه: «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمرة حتى تزهي، قالوا: وما تزهي؟ قال: (تحمرّ)، وقال: (**إذا منع الله الثمرة فبم تستحل مال أخيك؟**)»[(٤)]، فهذا الوضع قد ترتب على بيع منهي عنه، وما كان منهيا عنه فهو غير صحيح، والكلام هنا في بيع صحيح وجب بالتفرق، وهذا فارق واضح لا يصح معه القياس.

---

(١) المرجع السابق (٢٩/٣٩٩)، وانظر: (٢٩/٥٠٨).

(٢) انظر: المرجع السابق (٢٩/٤٠٠، ٥٠٨).

(٣) انظر: المرجع السابق (٢٩/٤٠٠-٤٠٢، ٣٠/٢٣٨، ٢٧٦).

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب البيوع، باب إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ثم أصابتها عاهة فهو من البائع (٢/١١٢) برقم (٢١٩٥)، ومسلم في صحيحه: كتاب المساقاة، باب وضع الجوائح (٣/١١٩٠) برقم (١٥٥٥).

ويؤيد هذا ما ثبت في صحيح مسلم[١] وغيره من حديث أبي سعيد قال: أصيب رجل في ثمار ابتاعها، فكثر دينه فقال النبي ﷺ: (تصدّقوا عليه)؛ فلم يبلغ ذلك وفاء دينه، فقال: (خذوا ما وجدتم، وليس لكم إلا ذلك)[٢]، ولم يوجب النبي ﷺ على البائع منه للثمار أن يردّ الثمن الذي قبضه منه.

ولو سلمنا تنزّلا لكان وضع الجوائح مختصا بما تلف بالآفات السماوية كما تقدم في حديث أنس بلفظ: (إذا منع الله الثمرة)، وأما إذا تلف المبيع بجناية فإن كانت من المشتري فقد جنى على ماله وأتلفه، وإن كان الجاني غيره كان ضمانه عليه بسبب الجناية، سواء كان الجاني هو البائع أو غيره[٣].

(جـ) وأما الدليل الثامن: فيجاب عنه: بأن هناك فرقاً بين المكيل والموزون والمعدود والمذروع وما ليس كذلك. فإن المكيل ونحوه يحتاج إلى توفية؛ لأنه لم يتعين بعد ولم يتحدد؛ فكيف يضمن المشتري شيئاً غير محدّد له؟ بخلاف غير المكيل ونحوه، فإنه لا يتطلب إلى توفية؛ لأنه محدّد ومعين، وبهذا فإن المشتري يعرف ماذا يضمن[٤].

---

(١) هو العلامة المحدث مسلم بن الحجاج بن ورد، أبو الحسين، القشيري النيسابوري، ولد سنة ٢٠٤هـ، سمع من يحيى بن يحيى التميمي وأحمد بن حنبل والقعنبي وغيرهم، وروى عنه الترمذي وأبو عوانة الإسفرايني، وعبد الرحمن بن أبي حاتم الرازي وغيرهم، وصفه الذهبي بالإمام الكبير والحافظ المجود والحجة الصادق، من مؤلفاته: الجامع الصحيح، كتاب الكنى والأسماء وغيرهما، توفي سنة ٢٦١هـ.

انظر: وفيات الأعيان (٥/١٩٤-١٩٦)، تهذيب الكمال (٢٧/٤٩٩)، سير أعلام النبلاء (١٢/٥٧٧).

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه: كتاب المساقاة، باب استحباب الوضع من الدين (٣/١١٩١) برقم (١٥٥٦).

(٣) السيل الجرار (٣/١٢٢).

(٤) انظر: المقنع لابن البنا (٢/٦٨٠).

ويجاب أيضا: بأنه دليل عقلي لا يقاوم أدلة أصحاب القول الثاني النقلية.

(د) وأما الدليل التاسع: فيجاب عنه بأن عقد الصرف يختلف عما نحن فيه. فعقد الصرف له شروطه وأحكامه الخاصة به. فلا يقاس عليها غيرها.

ويجاب عنه أيضا: بأنه دليل عقلي لا يقاوم أدلة أصحاب القول الثاني النقلية.

ثالثاً: صحة الاستدلال بأدلة القول الثاني.

رابعاً: إن القول الأول «مع كونه مخالفا للدليل، فهو أيضا مخالف للرأي المستقيم الجاري على نمط الاجتهاد؛ لأن تلف ما قد صار في ملك لا يتلف إلا من ملكه، وتضمين غير المالك ظلم له»[١].

المسألة الثانية: في حكم ضمان الأموال المحضة المنقولة بسبب اليد:

اتفق فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على أنه يضمن بسبب اليد الأموال المحضة المنقولة إذا وجد فيها النقل[٢].

واختلفوا إذا لم يوجد النقل على قولين:

القول الأول: إنه لا يثبت الضمان باليد المجردة إلا بإزالة اليد، ولا يتحقق إزالتها إلا بالنقل والتحويل، وهو مذهب الحنفية[٣] والشافعية[٤]

---

(١) السيل الجرار (١٢١/٣).

(٢) انظر: الهداية مع فتح القدير (٢٤٥/٨، ٢٥٠-٢٥٢)، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي (٤٤٣/٣-٤٤٤)، روضة الطالبين (٨/٥)، تقرير القواعد (٣٢٤/٢-٣٢٥).

(٣) انظر: الهداية مع فتح القدير (٢٤٥/٨، ٢٥٠-٢٥٢)، البناية (٢١١/١٠-٢١٢، ٢٢٢)، البحر الرائق (١٢٣/٨-١٢٤، ١٢٦)، مجمع الضمانات (٣٠٧/١)، حاشية رد المحتار (١٧٩/٦)، شرح المجلة (ص٤٨٦).

(٤) انظر: العزيز (٤٠٦/٥)، روضة الطالبين (٨/٥)، مغني المحتاج (٢٧٥/٢-٢٧٦).

ووجه عند الحنابلة[1].

القول الثاني: إن مجرد وضع اليد – وهو الاستيلاء – موجب للضمان، ولا يشترط فيه النقل، وهو مذهب المالكية[2] والصحيح من مذهب الحنابلة، وعليه أكثرهم[3].

دليل القول الأول:

لأن الغصب بحقيقته يتحقق فيما ينقل ويحوّل دون غيره؛ لأن إزالة يد المالك لا يتحقق إلا بنقل المغصوب، والغصب بدون الإزالة لا يتحقق[4].

أدلة القول الثاني:

١- الضمان باليد أحد أسباب الضمان. فلا يتوقف الضمان بها على النقل كالضمان بالعقد[5].

٢- الضمان باليد أحد موجبات الضمان. فلا يتوقف الضمان بها على النقل كالمودع يصير ضامنا بمجرد جحود الوديعة من غير نقل ولا إزالة يد[6].

---

(١) انظر: تقرير القواعد (٢/٣٢٤-٣٢٥)، الإنصاف مع المقنع (١٥/١١٥)، تحفة أهل الطلب (ص ١٠٦)، حاشية الروض المربع (٥/٣٧٨).

(٢) انظر: عقد الجواهر الثمينة (٢/٧٤٢)، جامع الأمهات (ص٤٠٩)، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي (٣/٤٤٣-٤٤٤)، منح الجليل (٧/٨٠-٨١، ٨٤).

(٣) تقرير القواعد (٢/٣٢٤-٣٢٥)، الإنصاف مع المقنع (١٥/١١٥)، حاشية الروض المربع (٥/٣٧٨).

(٤) انظر: الهداية مع فتح القدير (٨/٢٥٠)، البناية (١٠/٢٢٢-٢٢٣)، البحر الرائق (٨/١٢٦).

(٥) انظر: تقرير القواعد (٢/٣٢٤).

(٦) انظر: المرجع السابق.

القول المختار:

الذي يظهر - والعلم عند الله تعالى - أن أقرب القولين إلى الصواب: القول الثاني؛ وذلك لما يلي:

أولاً: لأن الغاصب إذا وضع يده على المال، ومنع صاحبه من أخذه. فقد اعتدى على المال وإن لم ينقله.

ثانياً: إنه لا يوجد دليل صحيح يدل على اشتراط النقل في الغصب.

الفرع الثاني: في ضمان الأموال المحضة غير المنقولة بالعقد واليد:

سوف تكون دراسة هذا الفرع من خلال المسألتين الآتيتين:

المسألة الأولى: متى تضمن الأموال المحضة غير المنقولة بالعقد؟

اتفق فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على أن الأموال المحضة غير المنقولة تضمن بالعقد إذا حصل القبض[(١)].

واختلفوا في اشتراط القبض لضمانها على قولين:

القول الأول: إن العقار يضمن بالعقد إذا وجد القبض، ويحصل القبض في العقار بمجرد التخلية. وهذا قول الحنفية[(٢)] والشافعية[(٣)] ورواية للحنابلة[(٤)].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (٥/٢٣٩)، الإشراف (٢/٥٥٣)، العزيز (٤/٢٨٦-٢٨٧)، تقرير القواعد (٢/٣٢٤).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٥/٢٣٨-٢٣٩)، حاشية رد المحتار (٤/٥٦١-٥٦٢، ٦/١٨٧)، شرح المجلة (ص١٣٦-١٣٩، ١٥٠-١٥١).

(٣) انظر: الوجيز (١/١٤٥-١٤٦)، العزيز (٤/٢٨٦-٢٨٧)، روضة الطالبين (٣/٥٠١، ٥١٧).

(٤) انظر: الشرح الكبير مع المقنع (١١/٥٠٤)، تقرير القواعد (٢/٣٢٤)، تحفة أهل الطلب (ص ١٠٦).

القول الثاني: إن العقار يضمن بمجرد حصول العقد، ولو قبل القبض، وهذا قول المالكية[١] والمذهب عند الحنابلة، وعليه أكثرهم[٢].

أدلة القولين والقول المختار:

هذه المسألة يذكرها أغلب الفقهاء مع مسألة: ضمان الأموال المحضة المنقولة بالعقد، وقد سبق أن ذكرتها في المسألة الأولى من الفرع الأول[٣].

لذا فليرجع إلى أدلة تلك المسألة والقول المختار فيها؛ لأن ما ذكرته هناك ينطبق على مسألتنا هذه؛ وذلك تجنبا للتكرار.

المسألة الثانية: هل يتحقق ضمان اليد في الأموال المحضة غير المنقولة كالعقار؟:

اتفق الفقهاء على أن الأموال المحضة غير المنقولة – كالعقار – تضمن بالإتلاف[٤].

واختلفوا في ضمانها باليد على قولين:

القول الأول: إن الأموال غير المنقولة – كالعقار – لا يتحقق فيها الغصب ولا تضمن به. فإن هلك العقار في يده بآفة سماوية لم يضمنه، أما إن أتلفه بفعله ضمنه بالإتلاف، لا بالغصب.

---

(١) انظر: الإشراف (٢/٥٥٣)، عقد الجواهر الثمينة (٢/٥١٠-٥١١)، إيضاح المسالك (ص١١٩-١٢١).

(٢) انظر: الشرح الكبير مع المقنع (١١/٥٠٤)، تقرير القواعد (٢/٣٢٤)، تحفة أهل الطلب (ص ١٠٦).

(٣) كما في صفحة ٢٥٨.

(٤) انظر: البناية (١٠/٢٢٣)، مجمع الضمانات (١/٣٠٦)، المغني (٧/٣٦٥).

وهذا قول أبي حنيفة[١]، والقول الثاني لأبي يوسف[٢]، ورواية عن أحمد[٣].

القول الثاني: إن الأموال غير المنقولة - كالعقار - يتحقق فيها الغصب وتضمن به بمجرد الاستيلاء.

وهذا قول المالكية[٤] والشافعية[٥] والمذهب عند الحنابلة[٦]، وهو قول محمد ابن الحسن[٧] والقول الأول لأبي يوسف[٨]، وقول الظاهرية[٩].

دليل القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بأن الغصب إثبات اليد بإزالة يد المالك بفعل في العين المغصوبة، وهذا لا يتصور في العقار؛ لأن يد المالك لا تزول إلا بإخراج

---

(١) انظر: مختصر اختلاف العلماء (١٧٦/٤)، رؤوس المسائل (ص٣٥٤)، الهداية مع فتح القدير (٢٥٠/٨-٢٥٢)، إيثار الإنصاف (ص٤٩١-٤٩٣)، البناية (٢٢٢/١٠-٢٢٥)، البحر الرائق (١٢٦/٨)، الدر المختار مع حاشيته (١٨٦/٦)، مجمع الضمانات (٣٠٥/١-٣٠٧، ٢٤٣).

(٢) انظر: المراجع السابقة

(٣) انظر: المغني (٣٦٤/٧-٣٦٥)، تقرير القواعد (٣٢٤/٢)، الإنصاف مع المقنع (١١٤/١٥-١١٥).

(٤) انظر: الإشراف (٦٣٠/٢)، المعونة (١٢١٤/٢)، بداية المجتهد (٣٨٧/٢)، الذخيرة (٢٨٥/٨)، حاشية الدسوقي (٤٤٣/٣)، منح الجليل (٨٠/٧-٨١).

(٥) انظر: الأم (٢٤٩/٣-٢٥٠)، التهذيب للبغوي (٣٢٠/٤)، العزيز (٤٠٥/٥-٤٠٦)، روضة الطالبين (٧/٥-٨)، مختصر خلافيات البيهقي (٤١٧/٣)، مغني المحتاج (٢٧٥/٢-٢٧٦).

(٦) انظر: المغني (٣٦٤/٧-٣٦٥)، تقرير القواعد (٣٢٤/٢)، الإنصاف مع المقنع (١١٤/١٥-١١٥)، منتهى الإرادات (٣٦٣/١)، تحفة أهل الطلب (ص ١٠٦).

(٧) انظر: الهداية مع فتح القدير (٢٥٠/٨-٢٥١)، إيثار الإنصاف (ص٤٩١)، البناية (٢٢٣/١٠).

(٨) انظر: المراجع السابقة.

(٩) انظر: المحلى (٤٤١/٦-٤٤٢).

المالك عن العقار، وهذا الإخراج فعل في المالك لا في العقار، فانتفى إزالة اليد، كما إذا بَعُد المالك عن المواشي[١].

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بأدلة من المنقول والمعقول، هي كما يلي:

١- قال تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلسَّبِيلُ عَلَى ٱلَّذِينَ يَظْلِمُونَ ٱلنَّاسَ﴾[٢].

وجه الدلالة: إن غاصب العقار ظالم؛ فعليه كل سبيل؛ لأن الألف واللام للعموم[٣].

٢- عن سعيد بن زيد ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: **(من أخذ شبراً من الأرض ظلما فإنه يطوقه[٤] يوم القيامة من سبع أرضين)**. وفي لفظ آخر: **(من ظلم من**

---

(١) انظر: رؤوس المسائل (ص٣٥٥)، بدائع الصنائع (١٤٦/٧)، الهداية مع فتح القدير (٢٥٢/٨-٢٥٣)، البحر الرائق (١٢٦/٨).

(٢) سورة الشورى، الآية [٤٢].

(٣) انظر: الذخيرة (٢٨٥/٨).

(٤) ذكر العلماء في معنى (طوقه) خمسة أوجه:

الأول: أن يكلف الظالم نقل ما ظلم منها في القيامة إلى المحشر، ويكون كالطوق في عنقه، لا أنه طوق حقيقة.

الثاني: أن يكون معناه كالأول، لكن بعد أن ينقل جميعه يجعل كله في عنقه طوقا، ويعظم قدر عنقه حتى يسع ذلك.

الثالث: أن يعاقب الظالم بالخسف إلى سبع أرضين، فتكون كل أرض في تلك الحالة طوقا في عنقه.

الرابع: أن يكلف الظالم بجعل ما غصبه طوقا، ولا يستطيع ذلك، فيعذب بذلك.

الخامس: أن يكون التطويق تطويق الإثم. فيكون الظلم المذكور لازما له في عنقه لزوم الإثم.

قال الحافظ ابن حجر بعد أن ذكرها: «ويحتمل أن تتنوع هذه الصفات لصاحب هذه الجناية أو تنقسم على أصحاب هذه الجناية، فيعذب بعضهم بهذا وبعضهم بهذا بحسب قوة المفسدة وضعفها».

انظر: النهاية في غريب الحديث (١٤٣/٣-١٤٤)، فتح الباري (١٢٥/٥).

الأرض شيئاً طوقه من سبع أرضين). وفي لفظ: (من اقتطع شبراً من الأرض ظلما طوقه الله إياه يوم القيامة من سبع أرضين)[١].

٣- عن عبدالله بن عمر رضي الله عنهما قال: قال النبي ﷺ: (من أخذ من الأرض شيئاً بغير حقه خسفت به يوم القيامة إلى سبع أرضين)[٢].

وجه الدلالة من الحديثين السابقين: أن النبي ﷺ بيَّن أن الأرض تؤخذ بغير حق، فدل هذا على أنها تغصب؛ لأن الغصب هو أخذ الشيء بغير حقه ظلما[٣].

٤- لأن غصب العقار قد تحقق فيه إثبات اليد، ومن ضرورته زوال يد المالك؛ لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد، فيتحقق الوصفان: إزالة يد المالك وإثبات يد الغاصب، وهو الغصب، فصار كالمنقول وجحود العارية[٤].

٥- لأن كل معنى يضمن به ما ينقل ويحول من الأعيان، فإنه يضمن به ما لا ينقل ولا يحول، كالقبض في البيع[٥].

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب المظالم والغصب، باب إثم من ظلم شيئاً من الأرض (١٩٣/٢) برقم (٢٤٥٢)، وكتاب بدء الخلق، باب ما جاء في سبع أرضين (٤٢٠/٢) برقم (٣١٩٨)، ومسلم في صحيحه: كتاب المساقاة، باب تحريم الظلم وغصب الأرض وغيرها (١٢٣٠/٣-١٢٣١) برقم (١٦١٠).

وقال الحافظ ابن حجر في التلخيص الحبير (١١٩/٣): «لم يروه أحد منهم بلفظ: (من غصب)، نعم في الطبراني من حديث وائل بن حجر: (من غصب رجلا أرضا لقي الله وهو عليه غضبان)».

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب المظالم والغصب، باب إثم من ظلم شيئاً من الأرض (١٩٣/٢) برقم (٢٤٥٤).

(٣) انظر: المحلى (٤٤٢/٦)، فتح الباري (١٢٦/٥).

(٤) انظر: الهداية مع فتح القدير (٢٥١/٨).

(٥) انظر: الإشراف (٦٣٠/٢)، المعونة (١٢١٤/٢)، التهذيب للبغوي (٣٢٠/٤)، المغني (٦٣٤/٧).

٦- لأن الغصب سبب للضمان، فوجب أن يضمن به العقار والنخل كالإتلاف به[١].

٧- لأنه يمكن الاستيلاء على العقار على وجه يحول بينه وبين مالكه، مثل أن يسكن الدار ويمنع مالكها من دخولها، فأشبه ما لو أخذ الدابة والمتاع[٢].

القول المختار:

القول الراجح - والعلم عند الله - هو القول الثاني، وهو تحقق الغصب في العقار وأنه يضمن به؛ وذلك للأسباب التالية:

١- صحة أدلة القول الثاني وسلامتها من الاعتراضات.

٢- ضعف دليل القول الأول؛ وذلك لما يلي:

(أ) إنه لا يوجد دليل صحيح يدل على أنه لا تزال يد المالك إلا بفعل في العين[٣].

(ب) إن بُعد المالك عن المواشي لا يوجد فيه استيلاء على المال، فنظيره ههنا أن يحبس المالك ولا يستولي على داره[٤].

الفرع الثالث: في حكم ضمان غير الأموال المحضة:

يمكن دراسة هذا الفرع من خلال المسائل الثلاث الآتية:

المسألة الأولى: هل يضمن الحر بسبب اليد؟:

اختلف الفقهاء في ضمان الحر باليد على ثلاثة أقوال:

---

(١) انظر: المعونة (١٢١٤/٢)، الذخيرة (٢٨٥/٨-٢٨٦).

(٢) انظر: المغني (٣٦٤/٧-٣٦٥).

(٣) انظر: حاشية سعدي جلبي مع فتح القدير (٢٥٢/٨).

(٤) انظر: المغني (٣٦٥/٧).

القـول الأول: إن الحـر لا يضـمن باليد، وهـو قـول الحنفـية[١] وظاهـر قـول المالكية[٢] وقول الشافعية[٣] والمذهب عند الحنابلة[٤].

القـول الثاني: إن الحر يضمن باليد، وهو قول لبعض الشافعية[٥] ووجه عند الحنابلة[٦].

القـول الثالـث: إن الحـر الصـغير يضـمن باليد دون الكبير، وهـو وجـه عـند الحنابلة[٧].

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١- لأن كون المغصوب مالا شرط تحقق الغصب، والحر ليس بمال[٨].

٢- لأن اليد لا يثبت حكمها على الحر[٩].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (١٤٦/٧)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص١١١)، مجمع الضمانات (٣١٣/١-٣١٤)، الدر المختار مع حاشيته (١٧٨/٦)، غمز عيون البصائر (٣٨٩/١-٣٩٠).

(٢) انظر: عقد الجواهر الثمينة (٧٤٤/٢-٧٤٥)، جامع الأمهات (ص٤١٢)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٤٥٤/٣)، منح الجليل (١٢٤/٧).

(٣) انظر: التهذيب للبغوي (٣٠٦/٤-٣٠٧)، روضة الطالبين (١٢/٥، ١٤)، الأشباه والنظائر للسبكي (٣٥٢/١-٣٥٥)، مغني المحتاج (٢٨٦/٢).

(٤) انظر: المغني (٤٢٩/٧)، تقرير القواعد (٣٢٦/٢)، الإنصاف مع المقنع (١٢٣/١٥-١٢٥)، تحفة أهل الطلب (ص ١٠٧).

(٥) انظر: الوجيز (٢٠٨/١)، العزيز (٤١٧/٥)، الأشباه والنظائر للسبكي (٣٥٢/١-٣٥٤).

(٦) انظر: تقرير القواعد (٣٢٦/٢)، الإنصاف مع المقنع (١٢٣/١٥-١٢٥).

(٧) انظر: المرجعين السابقين.

(٨) بدائع الصنائع (١٤٦/٧). وانظر: المغني (٤٢٩/٧).

(٩) الإنصاف مع المقنع (١٢٤/١٥).

أدلة القولين الثاني والثالث:

لم أعثر لهم على دليل، ولكن يمكن أن يستدل لهم بأنهم يرون أن اليد تثبت على الحر عموما - سواء كان صغيرا أم كبيرا - كما عند أصحاب القول الثاني، أو أنها تثبت على الحر الصغير دون الكبير كما عند أصحاب القول الثالث.

القول المختار:

الذي يظهر - والله تعالى أعلم - أن أقرب الأقوال إلى الصواب: القول الأول، وهو أن الحر لا يضمن باليد؛ وذلك لأن الحر ليس بمال حتى يضمن؛ ولعدم وجود أدلة صحيحة على ضمانه باليد.

المسألة الثانية: في حكم ضمان منفعة الحر باليد:

اختلف الفقهاء في ضمان منفعة الحر باليد على ثلاثة أقوال:

القول الأول: لا تضمن منفعة الحر مطلقا باليد، وهو الظاهر من مذهب الحنفية[(١)].

القول الثاني: تضمن منفعة الحر بالتفويت أي: باستعمال الحر، ولا تضمن بالفوات أي: بحبس الحر وتعطيل منافعه، وهو قول المالكية[(٢)] والأصحّ عند الشافعية[(٣)] ووجه عند الحنابلة[(٤)].

---

(١) انظر: رؤوس المسائل (ص٣٥١)، بدائع الصنائع (١٤٥/٧)، إيثار الإنصاف (ص٤٩٠)، البناية (٢٩٠/١٠-٢٩٣) الدر المختار مع حاشيته (٢٠٥/٦، ٢٠٦-٢٠٧).

(٢) انظر: عقد الجواهر الثمينة (٧٤٤/٢-٧٤٥)، جامع الأمهات (ص ٤١٢)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٤٥٤/٣)، منح الجليل (١٢٤/٧).

(٣) انظر: التهذيب للبغوي (٣٠٦/٤-٣٠٧)، روضة الطالبين (١٤/٥)، الأشباه والنظائر للسبكي (٣٥٢/١-٣٥٥)، مغني المحتاج (٢٨٦/٢).

(٤) انظر: المغني (٤٢٩/٧-٤٣٠)، تقرير القواعد (٣٢٧/٢-٣٢٨)، الإنصاف مع المقنع (١٢٥/١٥-١٢٦).

القول الثالث: تضمن منفعة الحر بالتفويت أي: باستعمال الحر، وبالفوات أي: بحبس الحر وتعطيل منافعه، وهو وجه عند الشافعية(١) ووجه عند الحنابلة(٢).

أدلة القول الأول:

لم أعثر لأصحاب هذا القول على دليل يخص منفعة الحر، وإنما ذكروا أدلة على عدم ضمان منافع الأموال المغصوبة(٣).

أدلةَ القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني على أن منفعة الحر تضمن بالتفويت بأن الغاصب استوفى منافعه، وهي متقومة، فلزمه ضمانها كمنافع العبد(٤).

واستدلوا على أن منفعة الحر لا تضمن بالفوات بما يلي:

١- لأن منفعة الحر تابعة لما لا يصح غصبه، فأشبهت ثيابه إذا بليت عليه وأطرافه(٥).

٢- لأن الحر لا يدخل تحت اليد، فمنافعه تفوت تحت يده بخلاف المال(٦).

---

(١) انظر: التهذيب للبغوي (٤/٣٠٦-٤٠٧)، روضة الطالبين (٥/١٤)، الأشباه والنظائر للسبكي (١/٣٥٢-٣٥٥)، مغني المحتاج (٢/٢٨٦).

(٢) انظر: المغني (٧/٤٢٩-٤٣٠)، تقرير القواعد (٢/٣٢٧-٣٢٨)، الإنصاف مع المقنع (١٥/١٢٥-١٢٦).

(٣) انظر: رؤوس المسائل (ص٣٥١-٣٥٢)، بدائع الصنائع (٧/١٤٥)، إيثار الإنصاف (ص ٤٩٠)، البناية (١٠/٢٩٠-٢٩٣).

(٤) انظر: المغني (٧/٤٢٩).

(٥) انظر: المغني (٧/٤٣٠).

(٦) انظر: التهذيب للبغوي (٤/٣٠٧)، العزيز (٥/٤١٧)، روضة الطالبين (٥/١٤)، مغني المحتاج (٢/٢٨٦).

أدلة القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول على أن منفعة الحر تضمن بالتفويت بما استدل به أصحاب القول الثاني، واستدلوا على أن منفعة الحر تضمن بالفوات بما يلي:

١- لأن منافع الحر تقوّم في الإجارة الفاسدة، فأشبهت منافع الأموال[١].

٢- لأن الغاصب فوّت منفعته، وهي مال يجوز أخذ العوض عنها، فضمنت بالغصب كمنافع العبد[٢].

القول المختار:

أقرب الأقوال إلى الصواب - والله أعلم - هو القول الثالث، وهو أن منفعة الحر تضمن بالتفويت والفوات؛ وذلك لأنه ضيع عليه منفعة متقوّمة بغصبه - وهو محرم - فوجب عليه ضمانها.

المسألة الثالثة: هل يضمن باليد ما فيه شائبة الحرية،كأم الولد والمكاتب والمدبّر؟:

اتفق أصحاب المذاهب الأربعة على أن المدبر يضمن بسبب اليد؛ لأنه مال متقوّم[٣].

واختلفوا في ضمان أم الولد والمكاتب بسبب اليد على قولين:

القول الأول: يضمن المكاتب وأم الولد باليد، وهو المشهور عند المالكية[٤] وقول

---

(١) انظر: المراجع السابقة.

(٢) انظر: المغني (٧/٤٣٠).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٧/١٤٦)، الهداية مع فتح القدير (٨/٢٩٣)، عقد الجواهر الثمينة (٢/٧٤٢-٧٤٣)، روضة الطالبين (٥/١٣)، تقرير القواعد (٢/٣٢٦).

(٤) انظر: عقد الجواهر الثمينة (٢/٧٤٢-٧٤٣)، الذخيرة (٨/٢٧٧).

الشافعية[١] وقول الحنابلة[٢]، ووافقهم أبو يوسف ومحمد بن الحسن في أم الولد[٣].

القول الثاني: لا يضمن المكاتب وأم الولد باليد، وهو قول أبي حنيفة[٤]، ووافقه أبو يوسف ومحمد بن الحسن في المكاتب[٥]، ووافقه سحنون[٦] -من المالكية- في أم الولد[٧].

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول بما يلي:

---

(١) انظر: التهذيب للبغوي (٤/٣٠٦)، روضة الطالبين (٥/١٣)، مغني المحتاج (٢/٢٨١).

(٢) انظر: المغني (٧/٤٣٠)، الشرح الكبير مع المقنع (١٥/١١٤)، تقرير القواعد (٢/٣٢٦)، تحفة أهل الطلب (ص ١٠٧).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٧/١٤٦)، الهداية مع فتح القدير (٨/٢٩٣)، البناية (١٠/٣١٨)، مجمع الضمانات (١/٣١٧)، الدر المختار مع حاشيته (٦/٢١٢).

(٤) انظر: المراجع السابقة. و الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص١١١)، مجمع الضمانات (١/٣١٤)، غمز عيون البصائر (١/٣٨٩).

(٥) بدائع الصنائع (٧/١٤٦)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص١١١)، مجمع الضمانات (١/٣١٤، ٣١٧)، غمز عيون البصائر (١/٣٨٩).

(٦) هو الإمام عبد السلام بن حبيب بن حسان بن هلال، أبو سعد التنوخي الحمصي الأصل، المغربي القيرواني المالكي، الملقب بسحنون: بفتح السين وضمها، وهو اسم طائر بالمغرب يوصف بالفطنة والتحرز، سمع من سفيان بن عيينة وعبدالله بن وهب ووكيع بن الجراح وغيرهم، وأخذ عنه بقي بن مخلد وولده محمد فقيه القيروان وابن الحداد وغيرهم، كان إماما في الفقه والزهد والورع، قوالا للحق، شديدا على أهل الأهواء والبدع، من أشهر مؤلفاته كتاب المدونة في الفقه المالكي، توفي – رحمه الله – سنة ٢٤٠هـ.

انظر: ترتيب المدارك (٢/٥٨٥)، سير أعلام النبلاء (١٢/٦٣)، شجرة النور الزكية (ص٦٩).

(٧) انظر: عقد الجواهر الثمينة (٢/٧٤٣)، الذخيرة (٨/٢٧٧).

أولاً: دليل ضمان المكاتب باليد:

١- عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما عن النبي ﷺ قال: (المكاتب عبد ما بقي عليه من كتابته درهم)[1].

وجه الدلالة: بيّن النبي ﷺ أن المكاتب عبد ما بقي عليه درهم، فدل على أنه مال متقوّم، فضمن باليد كالعبد[2].

ثانياً: أدلة ضمان أم الولد باليد:

١- لأن أم الولد مال متقوّم، والاستيلاد لا يوجب المالية والتقوم؛ لأنه لا يثبت به إلا حق الحرية، فإنه لا يبطل المالية والتقوم كما في المدبر[3].

٢- لأن أم الولد مملوكة فضمنت باليد كالمدبرة. ألا ترى أن سيدها يملك تزويجها وإجارتها ويأخذ قيمتها لو قتلت[4].

٣- لأن ما يضمن بالقيمة يضمن بالغصب كالقن[5].

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه: كتاب العتق، باب في المكاتب يؤدي بعض كتابته فيعجز أو يموت (٤/٢٤٢-٢٤٤) برقم (٣٩٢٦)، والترمذي في سننه: كتاب البيوع، باب ما جاء في المكاتب إذا كان عنده ما يؤدي (٣/٥٦١) برقم (١٢٦٠)، والنسائي في سننه الكبرى: كتاب العتق، باب ذكر الاختلاف على عليّ في المكاتب يؤدي بعض كتابته (٥/٥٢-٥٣) برقم (٥٠٠٧-٥٠١٠)، وابن ماجه في سننه: كتاب العتق، باب المكاتب (٣/٢٠٤) برقم (٢٥١٩)، والحاكم في المستدرك (٢/٢٣٧)، وقال الترمذي: هذا حديث حسن غريب، وصحّحه الحاكم ووافقه الذهبي، وحسّنه الألباني في إرواء الغليل (٦/١١٩) وصحيح سنن ابن ماجه (٢/٧٤).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٧/١٤٦)، روضة الطالبين (٥/١٣).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٧/١٤٦-١٤٧)، الهداية مع فتح القدير (٨/٢٩٣).

(٤) انظر: العزيز (٥/٤١٣)، المغني (٧/٤٣٠).

(٥) انظر: المغني (٧/٤٣٠).

٤- تضمن أم الولد باليد قياسا على تضمين الجنين بالغرة[١].

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول على عدم ضمان المكاتب باليد بأن المكاتب له يد على نفسه فضمن بالغصب كالحر[٢].

واستدلوا على عدم ضمان أم الولد باليد بما يلي:

١- عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما قال: ذكرت أم إبراهيم[٣] عند رسول الله ﷺ فقال: **(أعتقها ولدها)**[٤].

وجه الدلالة: بيّن النبي ﷺ أن الاستيلاد إعتاق، وظاهره يقتضي ثبوت العتق للحال في جميع الأحكام، إلا أنه تأخر في حق بعض الأحكام، فمن ادّعى التأخر في حق سقوط المالية والتقوم، فعليه الدليل[٥].

---

(١) انظر: الذخيرة (٨/٢٧٧).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص١١١)، مجمع الضمانات (١/٣١٤)، غمز عيون البصائر (١/٣٨٩).

(٣) هي الصحابية الجليلة مارية القبطية، أم إبراهيم ولد رسول الله ﷺ، بعث بها المقوقس صاحب الإسكندرية إلى رسول الله ﷺ هدية، فأنزلها في العالية وكان يطؤها بملك اليمين، وضرب عليها مع ذلك الحجاب، فحملت منه ووضعت إبراهيم، ماتت في خلافة عمر سنة ١٦هـ ودفنت بالبقيع.
انظر: البداية والنهاية (٧/٧٦)، الإصابة (٨/١٨٥).

(٤) أخرجه ابن ماجه في سننه: كتاب العتق، باب أمهات الأولاد (٣/٢٠٣) برقم (٢٥١٦)، والدارقطني في سننه (٤/١٣١-١٣٢)، والبيهقي في سننه الكبرى: كتاب عتق أمهات الأولاد، باب الرجل يطأ أمته بالملك فتلد له (١٠/٣٤٦)، وضعّفه البيهقي والبوصيري في زوائد ابن ماجه ٣٤٢، والألباني في إرواء الغليل (٦/١٨٦).

(٥) انظر: بدائع الصنائع (٧/١٤٧).

٢- لأن أم الولد مالية غير متقومة فلا تضمن بالغصب[١].

٣- لأن أم الولد تجرى مجرى المال. بدليل أنه لا يتعلق بها حق الغرماء فأشبهت الحر[٢].

القول المختار:

أقرب القولين إلى الصواب - والعلم عند الله تعالى - القول الأول، وهو أن المكاتب وأم الولد يضمنان باليد؛ وذلك لما يلي:

١- أن أصحاب المذاهب الأربعة اتفقوا على ضمان المدبر باليد، وحالة المكاتب وأم الولد شبيهة بالمدبر أكثر من شبهها بالحر.

٢- صحة الاستدلال بقول النبي ﷺ: **«المكاتب عبد ما بقي عليه من مكاتبته درهم»**[٣].

٣- أما الحديث الذي استدل به أصحاب القول الثاني فقد ضعّفه جماعة من أهل الحديث.

المطلب الخامس
من فروع القاعدة

هناك فروع فقهية كثيرة تندرج تحت هذه القاعدة، أذكر منها ما يلي:

١- لو باع الغاصب العين المغصوبة، وخلّى بينها وبين المشتري، فتلفت قبل النقل، ثم جاء المالك، فله تضمين المشتري عند من لم ير شرطية النقل[٤].

---

(١) انظر: الهداية مع فتح القدير (٢٩٣/٨)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص١١١)، مجمع الضمانات (٣١٤/١).

(٢) انظر: الذخيرة (٢٧٧/٨)، المغني (٤٣٠/٧).

(٣) سبق تخريجه صفحة ٢٨٤.

(٤) انظر: تقرير القواعد (٣٢٤/٢-٣٢٥).

٢- إذا سلم الأجير الخاص نفسه إلى مستأجره فلم يستعمله: استقرت له الأجرة؛ لتلف منافعه تحت يده[١].

٣- إذا حبس حرا، ولم يمنعه من الطعام حتى مات: لم يضمنه[٢].

٤- إذا وطئ حرة بالشبهة، وماتت بالولادة: لم تجب الدية، ولو كانت أمة وجبت القيمة. والفرق أن ضمان الأمة أوسع، فإنها تضمن باليد والجناية، والحرة إنما تضمن بالجناية، ولا تضمن باليد[٣].

٥- إذا نام عبد على بعير، فقاده وأخرجه عن القافلة: قطع، ولو كان حراً لم يقطع[٤].

٦- إذا وضع صبيا حرا في مسبعة فأكله السبع فلا ضمان، بخلاف ما لو كان عبدا[٥].

٧- إذا وجد رجلان، وأقام كل منهما بينة على امرأة أنها زوجته: لم تقدم بينة من هي تحته، بل هما كائنين أقام كل منهما بينة على نكاح خَلِيّة[٦].

٨- إذا اشترى سلعة منقولة كسيارة أو كتاب، فإن الضمان ينتقل بمجرد العقد إلى المشتري، سواء قبضه أم لم يقبضه، على الصحيح من أقوال أهل العلم[٧].

---

(١) انظر: المرجع السابق (٢/٣٢٦).

(٢) انظر: المنثور (٢/٤٣)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ١٢٤).

(٣) انظر: المنثور (٢/٤٣-٤٤)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ١٢٤).

(٤) انظر: المنثور (٢/٤٤)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ١٢٤).

(٥) انظر: المرجعين السابقين.

(٦) انظر: المرجعين السابقين.

(٧) انظر: بدائع الصنائع (٥/٢٣٨-٢٣٩)، إيضاح المسالك (ص١١٩-١٢١)، مغني المحتاج (٢/٦٥، ٧٢-٧٣)، المغني (٦/١٨١-١٨٨).

٩- إذا وضع شخص يده على مال منقول – كالعروض والحيوانات – فإنه يضمنه بمجرد وضع يده وإن لم ينقله، في أصحّ قولي العلماء[(١)].

١٠- إذا اشترى شخص أرضاً أو بيتاً فإن المشتري يضمنه بمجرد حصول العقد وإن لم يقبضه، في أصح قولي العلماء[(٢)].

١١- إذا وضع شخص يده على أرض أو بيت مملوكين فإن الغصب يتحقق فيهما، ويضمنهما الغاصب بمجرد الاستيلاء عليهما على أصح القولين[(٣)].

١٢- إذا استولى شخص على مدبر فإنه يضمنه باليد[(٤)].

١٣- إذا استولى شخص على أم ولد أو مكاتب فإن عليه ضمانها، في أصح القولين[(٥)].

---

(١) انظر: الهداية مع فتح القدير (٢٤٥/٨، ٢٥٠-٢٥٢)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٤٤٣/٣-٤٤٤)، العزيز (٤٠٦/٥)، الإنصاف مع المقنع (١١٥/١٥).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٢٣٨/٥-٢٣٩)، الإشراف (٥٥٣/٢)، روضة الطالبين (٥٠١/٣، ٥١٧)، تقرير القواعد (٣٢٤/٢).

(٣) انظر: رؤوس المسائل (ص٣٥٤)، المعونة (١٢١٤/٢)، العزيز (٤٠٥/٥-٤٠٦)، منتهى الإرادات (٣٦٣/١).

(٤) انظر: الهداية مع فتح القدير (٢٩٣/٨)، عقد الجواهر الثمينة (٧٤٢/٢-٧٤٣)، روضة الطالبين (١٣/٥)، تقرير القواعد (٣٢٦/٢).

(٥) انظر: بدائع الصنائع (١٤٦/٧)، عقد الجواهر الثمينة (٧٤٢/٢-٧٤٣)، التهذيب للبغوي (٣٠٦/٤)، تقرير القواعد (٣٢٦/٢).

المبحث الخامس

قاعدة: الزعيم غارم

كان موضع هذه القاعدة - حين وضع الخطة المبدئية للموضوع - في المبحث الأول من الفصل الأول في الباب الثاني، ثم ظهر لي - أثناء دراسة القاعدة - أن الموضع الصحيح لها في هذا المكان؛ لأن الكفالة عقد مسبب للضمان.

وقد يسر الله لي دراسة القاعدة في المطالب التالية:

المطلب الأول

في صيغ القاعدة

هذه القاعدة الفقهية الجليلة صاغها النبي ﷺ -كما سيأتي تخريجه إن شاء الله تعالى-[1].

ولم أقف على صيغ أخرى للقاعدة سوى ما قاله محيي السنة البغوي[2] - أثناء شرحه لنص القاعدة من الحديث النبوي الشريف -: «كل من تكفل دينا عن الغير، عليه الغرم»[3].

---

(١) في صفحة ٢٩٢-٢٩٣.

(٢) هو العلامة الحسين بن مسعود، أبو محمد الفراء البغوي، الملقب بمحيي السنة، تفقه على القاضي حسين، وسمع من أبي عمر المليحي وأبي الحسن الداودي وجماعة، وروى عنه أبو منصور محمد العطاري المعروف بحفدة، وأبو الفتوح محمد بن محمد الطائي وأبو المكارم فضل الله بن محمد النوقاني وغيرهم، من مؤلفاته: شرح السنة، المصابيح، ومعالم التنزيل وغيرها، كان إماما جليلا زاهدا ورعا فقيها محدثا مفسرا، جامعا بين العلم والعمل، توفي سنة ٥١٦هـ بمروالروذ.
انظر: وفيات الأعيان (٢/١٣٦-١٣٧)، طبقات الشافعية لابن السبكي (٧/٧٥).

(٣) شرح السنة (٨/٢٢٦).

ونحواً منه قال مفتي دمشق - في وقته - محمود حمزة: «فائدة: كل موضع يرجع فيه المشتري على البائع بالثمن يرجع به على الكفيل بالدرك»(١).

المطلب الثاني

في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة

الزعيم: الكفيل. والزعامة: الكفالة. ومنه قيل لرئيس القوم: الزعيم؛ لأنه هو المتكفل بأمورهم(٢).

أما الكفالة في اصطلاح الفقهاء: فإن هناك مصطلحات أخرى تشاركها في المعنى نفسه، كالضمان والحمالة والزعامة وغيرها(٣).

غير أن فقهاء الحنفية يطلقون لفظ الكفالة على كفالة المال والنفس(٤).

أما فقهاء المالكية فعندهم الكفالة والضمان والحمالة والزعامة بمعنى واحد(٥).

ويفرّق فقهاء الشافعية والحنابلة بين مصطلحي الضمان والكفالة. فيطلقون لفظ الضمان على كفالة المال، ولفظ الكفالة على كفالة النفس(٦).

---

(١) الفرائد البهية (ص٥١).

(٢) انظر: معالم السنن (٥/٢٠٠)، النهاية (٢/٣٠٣، ٣٦٣)، القاموس المحيط (ص ١٤٤٣).

(٣) انظر: المقدمات الممهدات (٢/٣٧٣)، منح الجليل (٦/١٩٨) مغني المحتاج (٢/١٩٨)، الإقناع (٢/٣٤٣).

(٤) انظر: الهداية مع فتح القدير (٦/٢٨٥)، الاختيار (٢/٢٠٠).

(٥) انظر: المقدمات الممهدات (٢/٣٧٣)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٣٣٦)، منح الجليل (٦/١٩٨).

(٦) انظر: روضة الطالبين (٤/٢٤٠، ٢٥٣)، السراج الوهاج (ص ٢٤٠-٢٤١، المقنع والشرح الكبير (١٣/٥، ٦١)، منتهى الإرادات (١/٢٩٢، ٢٩٥).

هـذا وقد ذكر الفقهاء للكفالة تعاريف كثيرة، أكتفي منها بهذا التعريف، وهـو: «الـتزام حـق ثابـت في ذمـة الغـير أو إحضـار مـن هـو علـيه أو عـين مضمونة»[١].

غارم: أي ضامن، وهو الذي يلتزم ما ضمنه وتكفل به ويؤديه[٢].

المطلب الثالث

في المعنى الإجمالي للقاعدة

إن كل من التزم تحمُّل شيء عن غيره وجب عليه ضمانه وأداؤه[٣].

المطلب الرابع

في دراسة القاعدة

يمكن دراسة القاعدة من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: في مشروعية الكفالة:

اتفـق الفقهـاء عـلى مشـروعية الكفالـة[٤]، وقـد دلّ على ذلك الكتاب والسنة والإجماع.

---

(١) مغني المحتاج (١٩٨/٢). وانظر: الاختيار (٢٠٠/٢)، شرح الزرقاني على خليل (٢٢/٦)، المغني (٧١/٧).

(٢) انظر: النهاية (٣٠٣/٢، ٣٦٣)، المصباح المنير (ص ١٦٩).

(٣) انظر: شرح السنة (٢٢٦/٨).

(٤) انظـر: كـتاب الاختـيار (٢٠٠/٢)، البـناية (٥٣٧/٧، ٥٥٧-٥٥٨)، الـبحر الـرائق (٢٢٥/٦، ٢٣٥)، التلقين (ص٤٤٤)، المقدمات الممهدات (٣٧٦/٢)، شرح الزرقاني على خليل (٢٢/٦)، اللباب للمحاملي (ص٢٥٧-٢٥٨)، التنبيه (ص٩٣)، كفاية الأخيار (ص٣٦٤)، الكافي لابن قدامة (٢٩٧/٣)، الفروع (٢٣٦/٤)، منار السبيل (٣٥٩/١).

أولاً: الكتاب:

قال تعالى: ﴿قَالُوا۟ نَفۡقِدُ صُوَاعَ ٱلۡمَلِكِ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾[1].

وجه الدلالة: الشاهد من الآية: ﴿وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾، والزعيم هو الكفيل كما فسّره الصحابي الجليل عبد الله بن عباس رضي الله عنهما وغيره[2]؛ فيكون معنى الآية: أن المنادي تكفل بجائزة قدرها حمل بعير لمن أتى بصاع الملك المفقود، وقد أقر يوسف عليه السلام هذه الكفالة ولم ينكرها، وهذا شرع من قبلنا، ولم يرد في شرعنا ما ينسخه، فكان شرعا لنا.

ثانياً: السنة:

١- عن أبي أمامة الباهلي[3] ﷺ قال: سمعت رسول الله ﷺ في خطبته عام حجة الوداع: (**إن الله قد أعطى لكل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث، والولد للفراش وللعاهر الحجر وحسابهم على الله، ومن ادعى إلى غير أبيه أو انتمى إلى غير مواليه فعليه لعنة الله التابعة إلى يوم القيامة، لا تنفق امرأة من بيت زوجها إلا بإذن زوجها**)، قيل: يا رسول الله ولا الطعام؟ قال: (**ذلك أفضل أموالنا**)، ثم قال: (**العارية مؤداة، والمنحة مردودة، والدين**

---

(١) سورة يوسف، الآية [٧٢].

(٢) انظر: تفسير الطبري (٧/٢٥٦).

(٣) هو الصحابي الجليل صُدَي بن عجلان بن وهب، من قيس عيلان، أبو أمامة الباهلي، نزيل حمص، روى علما كثيرا عن النبي ﷺ، وحدث عن عمر ومعاذ وغيرهما، وروى عنه خالد بن معدان والقاسم أبو عبد الرحمن ورجاء بن حيوة وغيرهم، قيل بأنه كان ممن بايع تحت الشجرة، توفي -ﷺ- سنة ٨٦هـ، وقيل غير ذلك.

انظر: الجرح والتعديل (٤/٤٥٤)، سير أعلام النبلاء (٣/٣٥٩)، الإصابة (٣/٢٤٠).

مقضي، والزعيم غارم)[1].

٢- عن أبي هريرة ﷺ عن رسول الله ﷺ أنه ذكر رجلا من بني إسرائيل سأل بعض بني إسرائيل أن يسلفه ألف دينار، فقال: ائتني بالشهداء أشهدهم، فقال: كفى بالله شهيداً. قال: فائتني بالكفيل، قال: كفى بالله كفيلا. قال: صدقت، فدفعها إليه على أجل مسمى...[2].

وجه الدلالة: إن الدائن طلب من المدين كفيلا، وهذا من شرع من قبلنا، لكن لم يرد في شرعنا ما ينسخه، فكان شرعا لنا، لا سيما أن النبي ﷺ قد ذكره مقررا له في سياق الثناء على فاعله.

٣- عن عبدالله بن عباس رضي الله عنهما أن رجلا لزم غريما له بعشرة دنانير على عهد رسول الله ﷺ، فقال: ما عندي شيء أعطيكه، قال: لا والله! لا فارقتك حتى تقضيني أو تأتيني بحميل، فجرّه إلى النبي ﷺ، فقال له النبي ﷺ: (كم تستنظره)؟ فقال: شهرا، فقال رسول الله ﷺ: **(فأنا أحمل له)**،

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده (٥/٢٦٧)، وأبو داود في سننه: كتاب البيوع والإجارات، باب في تضمين العارية (٣/٨٢٤-٨٢٥) برقم (٣٥٦٥)، والترمذي في سننه: كتاب البيوع، باب ما جاء في أن العارية مؤداة (٣/٥٦٥) برقم (١٢٦٥)، وكتاب الوصايا، باب ما جاء لا وصية لوارث (٤/٣٧٦-٣٧٧) برقم (٢١٢٠)، وابن ماجه في سننه: كتاب الأحكام، باب العارية (٣/١٣٧) برقم (٢٣٩٨) مختصرا، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح، وصحّحه الألباني في السلسلة الصحيحة (٢/١٦٧-١٧١) وإرواء الغليل (٥/٢٤٥-٢٤٧).

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (٢/٣٤٨-٣٤٩)، وعلّقه البخاري في صحيحه: كتاب الكفالة، باب الكفالة في القرض والديون بالأبدان وغيرها (٢/١٤٠-١٤١)، ووصله في كتاب البيوع، باب التجارة في البحر (٢/٧٨) برقم (٢٠٦٣). وانظر: فتح الباري (٤/٥٥٠).

فجاءه في الوقت الذي قال النبي ﷺ، فقال له النبي ﷺ: (من أين أصبت هذا)؟ قال: من معدن، قال: (لا خير فيها). وقضاها عنه[١].

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ كفل هذا الرجل وتحمل عنه دينه، ولو لم تكن الكفالة جائزة لما فعلها رسول الله ﷺ.

٤- عن سلمة بن الأكوع[٢] ﷺ أن النبي ﷺ أتي بجنازة ليصلي عليها، فقال: (هل عليه من دين؟) قالوا: لا، فصلى عليه، ثم أتي بجنازة أخرى، فقال: (هل عليه من دين)؟ قالوا: نعم، قال: (فصلوا على صاحبكم)، قال أبو قتادة[٣]: عليّ دينه يا رسول الله، فصلى عليه. وفي لفظ:

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه: كتاب البيوع والإجارات، باب في استخراج المعادن (٣/٦٢٢-٦٢٣) برقم (٣٣٢٨)، وابن ماجه في سننه: كتاب الصدقات، باب الكفالة (٣/١٤١) برقم (٢٤٠٦)، والبيهقي في السنن الكبرى: كتاب الضمان، باب ما يستدل به على أن الضمان لا ينقل الحق بل يزيد (٦/٧٤)، وصححه الألباني في إرواء الغليل (٥/٢٤٦-٢٤٧) وصحيح سنن ابن ماجه (٢/٥١).

(٢) هو الصحابي الجليل سلمة بن عمرو بن الأكوع، أبو عامر وأبو مسلم، الأسلمي الحجازي المدني، بايع النبي ﷺ عند الشجرة على الموت، وروى عن النبي ﷺ وعن أبي بكر وعمر وغيرهم، حدث عنه ابنه إياس، ومولاه يزيد بن أبي عبيد وأبو سلمة بن عبد الرحمن وغيرهم، توفي سنة ٧٤هـ، وقيل غير ذلك.
انظر: سير أعلام النبلاء (٣/٣٢٦)، الإصابة (٣/١١٨).

(٣) هو الصحابي الجليل الحارث بن ربعي – على الصحيح – أبو قتادة، الأنصاري السلمي، فارس رسول الله ﷺ، شهد أحدا والخندق والحديبية، حدث عنه أنس بن مالك وسعيد بن المسيب وعطاء بن يسار وغيرهم، قيل توفي بالمدينة سنة ٥٤هـ، وقيل توفي بالكوفة سنة ٤٠هـ، وأن عليا صلى عليه وكبر عليه سبعا.
انظر: الجرح والتعديل (٣/٧٤)، سير أعلام النبلاء (٢/٤٩٩)، الإصابة (٧/١٥٥).

فقال أبو قتادة: أنا أتكفل به[1].

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ امتنع عن الصلاة على جنازة الميت لوجود دين عليه لم يترك له وفاء، فلما تكفل أبو قتادة بقضاء دينه أقرّه النبي ﷺ وصلى على الميت، فدل ذلك على مشروعية الكفالة.

٥- عن أبي هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ كان يؤتى بالرجل المتوفى، عليه الدين، فيسأل: (**هل ترك لدينه فضلا**)؟ فإن حدّث أنه ترك لدينه وفاء صلّى، وإلا قال للمسلمين: (**صلوا على صاحبكم**). فلما فتح الله عليه الفتوح قال: (**أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم، فمن توفي من المؤمنين فترك دينا فعليّ قضاؤه، ومن ترك مالا فلورثته**)[2].

وجه الدلالة: أن الرسول ﷺ كان في بداية الأمر لا يصلي على الميت إذا لم يترك وفاء لدينه إلا ذا كفله أحد، فلما فتح الله عليه الفتوح وفاء الله عليه من الغنائم والصدقات تكفل عليه الصلاة والسلام بقضاء دين من مات من المسلمين إذا لم يخلف وفاء لدينه، وهذا يدل على مشروعية الكفالة.

٦- عن قبيصة بن مخارق الهلالي[3] ﷺ قال: تحمّلت حمالة، فأتيت رسول

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب الكفالة، باب من تكفل عن ميت دينا فليس له أن يرجع (١٤١/٢-١٤٢) برقم (٢٢٩٥)، وأخرج اللفظ الآخر ابن ماجه في سننه: كتاب الصدقات، باب الكفالة (١٤١/٣-١٤٢) برقم (٢٤٠٧).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب الكفالة، باب الدين (١٤٣/٢-١٤٤) برقم (٢٢٩٨)، ومسلم في صحيحه: كتاب الفرائض، باب من ترك مالا فلورثته (١٢٣٧/٣) برقم (١٦١٩).

(٣) هو الصحابي الجليل أبو بشر قبيصة بن المخارق بن عبد الله بن شداد الهلالي البصري، من قيس عيلان، له صحبة، وفد على النبي ﷺ وروى عنه، حدث عنه ابنه قطن وأبو عثمان النهدي وأبو قلابة الجرمي وغيرهم.
انظر: الجرح والتعديل (١٢٤/٧)، الإصابة (٢٢٧/٥).

الله ﷺ أسأله فيها، فقال: (أقم حتى تأتينا الصدقة، فنأمر لك بها). قال: ثم قال: (يا قبيصة! إن المسألة لا تحل إلا لأحد ثلاثة: رجل تحمل حمالة فحلت له المسألة حتى يصيبها ثم يمسك، ورجل أصابته جائحة[١] اجتاحت ماله فحلّت له المسألة حتى يصيب قواما من عيش، ورجل أصابته فاقة[٢] حتى يقوم ثلاثة من ذوي الحجا من قومه: لقد أصابت فلانا فاقة؛ فحلت له المسألة حتى يصيب قواما من عيش، فما سواهن من المسألة - يا قبيصة - سحتا يأكلها صاحبها سحتا)[٣].

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ أقر حمالة قبيصة، وأجاز له المسألة عليها، والحمالة بمعنى الكفالة؛ فدلّ ذلك على مشروعيتها.

ثالثاً: الإجماع:

أجمع المسلمون على مشروعية الكفالة من حيث الجملة، وإن اختلفوا في بعض الفروع المتعلقة بها[٤].

الفرع الثاني: هل يبرأ المضمون عنه بالضمان؟:

اختلف الفقهاء في المضمون عنه، هل يبرأ بالضمان أم لا؟ على ثلاثة أقوال:

---

(١) الجائحة: هي الآفة التي تهلك الثمار والأموال وتستأصلها، وكل مصيبة عظيمة وفتنة مبيرة: جائحة، والجمع: جوائح. انظر: النهاية في غريب الحديث (١/ ٣١٢)، القاموس المحيط (ص ٢٧٦).

(٢) الفاقة: الحاجة والفقر. انظر: النهاية في غريب الحديث (٣/ ٤٨٠)، المصباح المنير (ص١٨٤).

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه: كتاب الزكاة، باب من تحل له المسألة (٢/ ٧٢٢) برقم (١٠٤٤).

(٤) انظر: الدر المختار مع حاشيته (٥/ ٢٨٥)، الذخيرة (٩/ ١٩١)، روضة الطالبين (٤/ ٢٤٠)، المجموع (١٣/ ١٤٤)، المغني (٧/ ٧٢)، منار السبيل (١/ ٣٥٩).

القول الأول: لا يبرأ المضمون عنه بالضمان، بل يبقى الحق ثابتا عليه، ولا ينتقل إلى ذمة الضامن، وهذا قول جمهور الفقهاء من الحنفية[١] والمالكية[٢] والشافعية[٣]، والمذهب عند الحنابلة[٤].

القول الثاني: يبرأ المضمون عنه بالضمان، وينتقل الحق من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن، وعلى هذا فإنه لا يحق لصاحب الحق مطالبة المضمون عنه، وإنما يطالب الضامن وحده، وهذا قول ابن أبي ليلى[٥] وابن شبرمة[٦]

---

(١) انظر: مختصر اختلاف العلماء (٤/٢٥٥)، فتح القدير (٦/٢٨٣-٢٨٤، ٢٩٩)، حاشية رد المحتار (٥/٢٨١-٢٨٢).

(٢) انظر: الكافي لابن عبد البر (ص ٣٩٩)، بداية المجتهد (٢/٣٦٠)، حاشية الدسوقي (٣/٣٣٧).

(٣) انظر: التنبيه (ص٩٣)، حلية العلماء (٢/٦٤٧)، روضة الطالبين (٤/٢٦٤).

(٤) انظر: المغني (٧/٨٤، ٨٦)، المبدع (٤/٢٤٩)، الإنصاف مع المقنع (١٣/٧)، نيل المآرب (٢/١٣٨).

(٥) هو الفقيه القاضي محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى يسار، وقيل غير ذلك، ولد سنة ٧٤هـ، تفقه بالشعبي، وروى عن عطاء والحكم وجماعة، وأخذ عنه سفيان الثوري وشعبة ووكيع وغيرهم، كان فقيها صدوقا صاحب سنة، قارئا عالما، قرأ عليه حمزة الزيات، توفي سنة ١٤٨هـ بالكوفة.

انظر: وفيات الأعيان (٤/١٧٩)، تذكرة الحفاظ (١/١٧١).

(٦) هو: الفقيه القاضي عبد الله بن شبرمة بن طفيل بن حسان، أبو شبرمة الضبي الكوفي، قيل ولد سنة ٧٢هـ، روى عن إبراهيم بن يزيد النخعي والحسن البصري وإياس بن معاوية وجماعة، روى عنه سفيان الثوري وابن عيينة وشعبة بن الحجاج وجماعة، كان عفيفا صارما عاقلا فقيها، يشبه بالنساك، ثقة في الحديث، شاعرا حسن الخلق جوادا، توفي سنة ١٤٤هـ

انظر: وفيات الأعيان (٨/١٢٩)، سير أعلام النبلاء (٦/٣٤٧).

وأبي ثور[١] وداود وأصحابه[٢].

القول الثالث: يبرأ المضمون عنه بالضمان إذا كان ميتا، أما إذا كان حيا فلا يبرأ به، وهذا القول رواية عن أحمد[٣].

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١- عن أبي هريرة ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «**نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه**»[٤].

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ بيّن أن المؤمن لا يبرأ إلا بقضاء دينه، وهذا يدل على أن مجرد الضمان لا يبرأ به المؤمن حتى يقضى.

---

(١) هو الفقيه أبو ثور إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان الكلبي البغدادي، صاحب الإمام الشافعي وناقل الأقوال القديمة عنه، كان أول اشتغاله بمذهب أهل الرأي حتى قدم الشافعي العراق فاختلف إليه واتبعه ورفض مذهبه الأول، روى عن سفيان بن عيينة وابن علية والشافعي وغيرهم، وروى عنه أبو داود وابن ماجه وأبو القاسم البغوي وغيرهم، كان أحد الثقات المأمونين ومن الأئمة الأعلام في الدين، وله الكتب المصنفة في الأحكام جمع فيها بين الحديث والفقه، توفي سنة ٢٤٠ ببغداد.

انظر: وفيات الأعيان (١/٢٦)، طبقات الشافعية لابن السبكي (٢/٧٤).

(٢) انظر: أقوالهم في: مختصر اختلاف العلماء (٤/٢٥٥-٢٥٦)، بداية المجتهد (٢/٣٦٠)، حلية العلماء (٢/٦٤٧)، المغني (٧/٨٤)، المحلى (٦/٣٩٦، ٤٠٠).

(٣) انظر: المغني (٧/٨٦)، الإنصاف مع المقنع (١٣/٧).

(٤) أخرجه أحمد في مسنده (٢/٤٤٠، ٤٧٥، ٥٠٨)، والترمذي في سننه: كتاب الجنائز، باب ما جاء عن النبي ﷺ أنه قال: (**نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه**) (٣/٣٨٩-٣٩٠) برقم (١٠٧٨)، وابن ماجه في سننه: كتاب الصدقات، باب التشديد في الدين (٣/١٤٥) برقم (٢٤١٣)، وحسنه الترمذي، وصححه الألباني في صحيح سنن ابن ماجه (٢/٥٣).

٢- عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: توفي رجل فغسّلناه وحنَّطناه[١] وكفنّاه ثم أتينا به رسول الله ﷺ يصلي عليه فقلنا: تصلي عليه، فخطا خطى، ثم قال: **(أعليه دين)**؟ قلنا: ديناران، فانصرف، فتحملهما أبو قتادة فأتيناه فقال أبو قتادة: الديناران عليَّ، فقال رسول الله ﷺ: **(أحق الغريم وبرئ منهما الميت)**؟ قال: نعم، فصلى عليه، ثم قال بعد ذلك بيوم: **(ما فعل الديناران)**؟ فقال: إنما مات أمس، قال: فعاد إليه من الغد فقال: قد قضيتهما، فقال رسول الله ﷺ: **(الآن بردت عليه جلده)**[٢].

وجه الدلالة: إن «فيه دليل على أن خلوص الميت من ورطة الدين وبراءة ذمته على الحقيقة ورفع العذاب عنه إنما يكون بالقضاء عنه، لا بمجرد التحمل بالدين بلفظ الضمانة؛ ولهذا سارع النبي ﷺ إلى سؤال أبي قتادة - في اليوم الثاني - عن القضاء»[٣].

نوقش هذا الدليل: بأن النبي ﷺ قال لأبي قتادة حين ضمن دين الميت عنه: **(برئ منهما الميت)**.

---

(١) حنطناه: من الحنوط، وهو ما يخلط من الطيب لأكفان الموتى وأجسامهم.
انظر: النهاية في غريب الحديث (١/٤٥٠)، القاموس المحيط (ص ٨٥٦).

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (٣/٣٣٠)، وأبو داود في سننه: كتاب البيوع والإجارات، باب في التشديد في الدين (٣/٦٣٨-٦٣٩) برقم (٣٣٤٣)، والنسائي في سننه: كتاب الجنائز، باب الصلاة على من عليه دين (٤/٣٦٧-٣٦٨) برقم (١٩٦١)، والدارقطني في سننه (٣/٧٩)، والحاكم في المستدرك (٢/٦٦-٦٧)، وصحّحه الحاكم ووافقه الذهبي، وصحّحه الألباني في صحيح سنن النسائي (٢/٤٢٢).

(٣) نيل الأوطار (٥/٢٧٠). وانظر: مختصر اختلاف العلماء (٤/٢٥٧-٢٥٨).

أجيب عنه بجوابين:

الأول: إن المراد أن الميت بريئ من رجوع أبي قتادة عليه؛ لأن ضمانه كان بغير أمره[١].

الثاني: إن المراد أن أبا قتادة صار هو «المطالب بها، وهذا على سبيل التأكيد لثبوت الحق في ذمته، ووجوب الأداء عليه، بدليل قوله في سياق الحديث - حين أخبره بالقضاء -: **(الآن بردت عليه جلده)**»[٢].

٣- لأن الضمان مشتق من ضمّ ذمة إلى ذمة في تعلق الحق بهما وثبوته فيهما، وهذا ينافي براءة المضمون عنه بمجرد الضمان[٣].

٤- لأن الضمان وثيقة في ثبوت الحق فلم يجز أن ينتقل به الحق، كالشهادة والرهن[٤].

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١- عن أبي أمامة الباهلي ﷺ قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: **(الزعيم غارم)**[٥].

وجه الدلالة: إن النبي ﷺ لما خصّ الضامن بالغرم، دلّ على أن المضمون عنه بريئ من الغرم[٦].

---

(١) انظر: الحاوي (٦/٤٣٦).

(٢) المغني (٧/٨٥-٨٦).

(٣) انظر: الحاوي (٦/٤٣٦)، المغني (٧/٨٦).

(٤) انظر: الحاوي (٦/٤٣٦)، المغني (٧/٨٥).

(٥) تقدم تخريجه صفحة ٢٩٣.

(٦) انظر: الحاوي (٦/٤٣٦).

٢- عن علي بن أبي طالب ﷺ قال: كان رسول الله ﷺ إذا أتي بالجنازة لم يسأل عن شيء من عمل الرجل ويسأل عن دينه. فإن قيل: (عليه دين) كفّ عن الصلاة عليه، وإن قيل: (ليس عليه دين) صلى عليه. فأتي بجنازة فلما قام ليكبر سأل رسول الله ﷺ أصحابه: (**هل على صاحبكم دين**)؟ قالوا: ديناران، فعدل رسول الله ﷺ عنه وقال: (**صلوا على صاحبكم**)، فقال علي ﷺ: هما عليَّ يا رسول الله ﷺ، بريء منهما، فتقدم رسول الله ﷺ فصلى عليه، ثم قال لعلي بن أبي طالب: (**جزاك الله خيرا. فكّ الله رهانك كما فككت رهان أخيك. إنه ليس من ميت يموت وعليه دين إلا وهو مرتهن بدينه، ومن فكّ رهان ميت فكّ الله رهانه يوم القيامة**)، فقال بعضهم: هذا لعليّ عليه السلام خاصة أم للمسلمين عامة؟ فقال: (**بل للمسلمين عامة**)[1].

وجه الدلالة: يمكن أن يستدل بهذا الحديث من وجهين:

أولاً: أن النبي ﷺ - بعد أن امتنع من الصلاة عليه – صلى عليه، فدل على براءة ذمته، ولو كان الدين باقيا لكان الامتناع قائما[2].

ثانياً: قوله عليه الصلاة والسلام: (**فكّ الله رهانك كما فككت رهان أخيك**)، فلما أخبر بفك رهانه دلّ على براءة ذمته[3].

---

(١) أخرجه الدارقطني في السنن (٤٧/٣)، والبيهقي في سننه: كتاب الضمان، باب وجوب الحق بالضمان (٧٣/٦)، وفي إسناده عطاء بن عجلان؛ قال البيهقي: «عطاء بن عجلان ضعيف، والروايات في تحمل أبي قتادة دين الميت أصحّ. والله أعلم».

(٢) الحاوي (٤٣٦/٦).

(٣) المرجع السابق.

٣- حديث جابر -ﷺ- السابق في أدلة القول الأول، حيث قال النبي ﷺ لأبي قتادة – بعد ما تكفل بقضاء دين الميت -: (برئ منهما الميت)[١].

وجه الدلالة: أن قوله عليه الصلاة والسلام: (**برئ منهما الميت**) صريح في براءة المضمون عنه من الحق بضمان أبي قتادة له[٢].

٤- لأن المال دين واحد، فإذا صار في ذمة ثانية برئت الأولى منه، كالمحال به؛ وذلك لأن الواحد لا يحل في محلين[٣].

أدلة القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول بالآتي:

١- حديث علي بن أبي طالب -ﷺ- السابق في أدلة القول الثاني[٤].

٢- حديث جابر -ﷺ- السابق في أدلة القول الثاني[٥].

وجه الدلالة منهما: سبق ذكره في أدلة القول الثاني، لا سيما وقد وردت في الميت.

٣- لأن فائدة الضمان في حقه تبرئة ذمته. فينبغي أن تحصل هذه الفائدة بمجرد الضمان، بخلاف الحي، فإن المقصود من الضمان في حقه الاستيثاق بالحق، وثبوته في الذمتين آكد في الاستيثاق[٦].

---

(١) تقدم تخريجه صفحة ٢٩٩.

(٢) انظر: المغني (٧/٨٥).

(٣) المرجع السابق.

(٤) تقدم تخريجه صفحة ٣٠١.

(٥) تقدم تخريجه صفحة ٢٩٩.

(٦) المغني (٧/٨٦).

القول المختار:

الذي يظهر لي - والعلم عند الله تعالى - أن أقرب الأقوال إلى الصواب القول الأول؛ وذلك لما يلي:

أولاً: صحة أدلة أصحاب القول الأول، وصراحتها في المسألة.

ثانياً: وأما أدلة أصحاب القول الثاني فقد أجيب عنها بما يلي:

١- أجيب عن استدلالهم بقول النبي ﷺ: (الزعيم غارم)[١] بأنه لا يمتنع أن يكون غيره غارما أيضا؛ لعدم وجود دليل على اختصاص الضامن بالغرم[٢].

٢- وأما صلاة النبي ﷺ على المضمون عنه - كما في حديث علي بن أبي طالب رضي الله عنه[٣] - فلأن الميت بالضمان صار له وفاء، وإنما كان النبي ﷺ يمتنع من الصلاة على مدين لم يخلف وفاء[٤].

٣- وأما قول النبي ﷺ لعلي ﷺ: (فكّ الله رهانك كما فككت رهان أخيك)[٥] فلأن الميت كان في حالة لا يصلّي عليه النبي ﷺ، فلما ضمنه عليّ ﷺ فكه من ذلك[٦].

٤- وأما قول النبي ﷺ عليه الصلاة والسلام لأبي قتادة ﷺ - بعد ما تكفل بقضاء دين الميت -: (برئ منهما الميت)[٧] فأجيب عنه من وجهين:

---

(١) تقدم تخريجه صفحة ٢٩٣.

(٢) انظر: الحاوي (٦/٤٣٦).

(٣) تقدم تخريجه صفحة ٣٠١.

(٤) انظر: فتح القدير (٦/٢٨٤)، الحاوي (٦/٤٣٦)، المغني (٧/٨٥).

(٥) تقدم تخريجه صفحة ٢٩٩.

(٦) انظر: فتح القدير (٦/٢٨٤)، الحاوي (٦/٤٣٧)، المغني (٧/٨٥).

(٧) تقدم تخريجه صفحة ٢٩٩.

الأول: إن المراد أن الميت برئ من رجوع أبي قتادة عليه ؛ لأن ضمانه كان بغير أمره[١].

الثاني: إن المراد أن أبا قتادة ﷺ صار هو «المطالب بهما، وهذا على سبيل التأكيد لثبوت الحق في ذمته ووجوب الأداء عليه، بدليل قوله في سياق الحديث - حين أخبره بالقضاء -: (الآن بردت عليه جلده)»[٢].

٥- أجيب عن قولهم: (إن الدين لا يثبت في ذمتين) بجوابين:

الأول: إنه يجوز تعلق الدين بذمتين على سبيل الاستيثاق كتعلق دين الرهن به وبذمة الراهن[٣].

الثاني: إن قولهم غلط ؛ «لأن معنى ثبوت الدين في الذمة إنما هو استحقاق المطالبة به، وليس يمتنع أن يكون الحق الواحد يستحق المطالبة به لشخصين، ألا ترى أن من غصب شيئاً ثم غصب منه غاصب آخر واستهلكه كان للمالك مطالبة كل واحد منهما به، ولم يكن ذلك مستحيلا، كذلك في الضمان»[٤].

ثالثاً: وأما أدلة القول الثالث، فيمكن الإجابة عنها بما يلي:

١- أما الدليلان الأول والثاني فقد تقدم الإجابة عنها عند الإجابة عن أدلة القول الثاني، وثمة جواب ثالث عن استدلالهم بقول النبي ﷺ - في حديث جابر ﷺ-: (برئ منهما الميت): «بأن هذا ليس إخبارا منه ﷺ ببراءته، وإنما هو استفهام من أبي قتادة في أنه هل ضمن متبرئا لا ليرجع ؛ ولهذا أجابه بنعم»[٥].

---

(١) انظر: الحاوي (٦/٤٣٦).

(٢) المغني (٧/٨٥-٨٦).

(٣) انظر: المغني (٧/٨٦).

(٤) الحاوي (٦/٤٣٧).

(٥) شرح الزركشي (٤/١١٩).

٢- وأما الدليل الثالث فإنه دليل عقلي لا يعارض به النصوص النبوية التي استدل به أصحاب القول الأول.

الفرع الثالث: هل الضمان تعدد لمحل الحق وقيام للضمين مقام المضمون عنه أو هو استيثاق بمنزلة الرهن؟:

اختلف الفقهاء في عقد الضمان هل يخير المضمون له في المطالبة بالحق بين المضمون عنه والضامن، أم أنه يبدأ أولاً بمطالبة المضمون عنه، فإذا تعذر عليه استيفاء حقه منه انتقل إلى مطالبة الضامن؟ على قولين:

القول الأول: إن المضمون له الخيار في المطالبة بالحق بين المضمون عنه والضامن، وهو مذهب الحنفية(١) ومالك(٢) في أول قوليه(٣) والشافعية(٤) والحنابلة(٥).

---

(١) انظر: مختصر اختلاف العلماء (٢٥٥/٤)، فتح القدير (٢٨٣/٦-٢٨٤، ٢٩٩)، حاشية رد المحتار (٢٨١/٥-٢٨٢).

(٢) هو إمام دار الهجرة مالك بن أنس بن أبي عامر، أبو عبد الله، الحميري الأصبحي المدني، ولد سنة ٩٣هـ، روى عن نافع مولى ابن عمر، وسعيد المقبري والزهري وعدة غيرهم، حدث عنه شيخه يحيى بن أبي كثير والثوري وشعبة وغيرهم، كان عالم المدينة في زمانه، مناقبه كثيرة وفضائله جمة، حتى أفردت في ذكر سيرته مؤلفات عدة، وله من الكتب: الموطأ، ورسالة في القدر، وغيرها، توفي سنة ١٧٩هـ.

انظر: سير أعلام النبلاء (٤٨/٨)، وفيات الأعيان (١٣٥/٤-١٣٩)، شجرة النور الزكية (ص٥٢).

(٣) انظر: الكافي لابن عبد البر (ص ٣٩٩)، بداية المجتهد (٣٦٠/٢)، حاشية الدسوقي (٣٣٧/٣).

(٤) انظر: التنبيه (ص٩٣)، حلية العلماء (٦٤٧/٢)، روضة الطالبين (٢٦٤/٤).

(٥) انظر: المغني (٨٤/٧، ٨٦)، المبدع (٢٤٩/٤)، الإنصاف مع المقنع (٧/١٣)، نيل المآرب (١٣٨/٢).

القول الثاني: لا يطالب الضامن إلا إذا تعذرت مطالبة المضمون عنه، وهو القول الثاني للإمام مالك[١]، وقواه العلامة ابن القيم[٢] واختاره الشيخ عبد الرحمن السعدي[٣].

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١- عن قبيصة بن مخارق الهلالي رضي الله عنه قال: تحمّلت حمالة، فأتيت رسول الله ﷺ أسأله فيها، فقال: (أقم حتى تأتينا الصدقة، فنأمر لك بها). قال: ثم قال: (يا قبيصة! إن المسألة لا تحل إلا لأحد ثلاثة..) الحديث[٤].

وجه الدلالة: أن «في إحلاله المسألة لمن تحمل عن قوم بما ذكر دليل على فساد قول من قال: إن المكفول له ليس له مطالبة الكفيل إذا قدر على مطالبة المكفول عنه؛ لأنه أباح له المسألة بنفس الحمالة ولم يعتبر حال المحتمل عنه من كونه مليئا أو غير مليء»[٥].

٢- عن أبي أمامة الباهلي ﷺ قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: (الزعيم غارم)[٦].

---

(١) انظر: الكافي لابن عبد البر (ص ٣٩٨-٣٩٩)، بداية المجتهد (٢/٣٦٠)، حاشية الدسوقي (٣/٣٣٧).

(٢) انظر: إعلام الموقعين (٣/٤١١-٤١٢).

(٣) انظر: المختارات الجلية ضمن المجموعة الكاملة لمؤلفات الشيخ عبد الرحمن السعدي (٤/٢/١٥٣).

(٤) تقدم تخريجه صفحة ٢٩٦.

(٥) مختصر اختلاف العلماء (٤/٢٥٧). وانظر: بداية المجتهد (٢/٣٦٠).

(٦) تقدم تخريجه صفحة ٢٩٣.

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ بيّن أن الضامن ملزم بأداء الدين الذي تكفل بضمانه، سواء بدأ صاحب المال المطالبة له أم بالمضمون عنه؛ لأن الحديث عام ولم يفرق[1].

٣- «إن الضامن أقام نفسه مقام الغريم في شغل ذمته بالحق على الوجه الذي كانت ذمة الغريم مشغولة به، فإذا كان له مطالبة الغريم فكذلك له مطالبة الكفيل»[2].

٤- «إن الحق ثابت في ذمتهما، فملك مطالبة من شاء منهما، كالضامنين إذا تعذرت مطالبة المضمون عنه»[3].

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

١- «إن الضامن فرع والمضمون عنه أصل، وقاعدة الشريعة أن الفروع والأبدال لا يصار إليها إلا عند تعذر الأصول، كالتراب في الطهارة، والصوم في كفارة اليمين، وشاهد الفرع مع شاهد الأصل، وقد اطرد هذا في ولاية النكاح واستحقاق الميراث، لا يلي فرع مع أصله ولا يرث معه»[4].

٢- «إن الكفالة توثقة وفي ذلك حفظ للحق فهي جارية مجرى الرهن، ولكن ذاك رهن عين، وهي رهن ذمة أقامها الشارع مقام رهان الأعيان للحاجة إليها، واستدعاء المصلحة لها، والرهن لا يستوفى منه إلا مع تعذر الاستيفاء من

(١) انظر: المعونة (١٢٣٣/٢)، عون المعبود (٣٤٧/٩)، نيل المآرب (١٣٩/٢).

(٢) المعونة (١٢٣٣/٢). وانظر: المغني (٨٦/٧).

(٣) المغني (٨٦/٧).

(٤) إعلام الموقعين (٤١١/٣).

الراهن، فكذا الضمين؛ ولهذا كثيرا ما يقترن الرهن والضمين لتواخيهما وتشابههما وحصول الاستيثاق بكل منهما»[١].

٣- «إن الضامن في الأصل لم يوضع لتعدد محل الحق كما لم يوضع لنقله، وإنما وضع ليحفظ صاحب الحق حقه من التوى[٢] والهلاك، ويكون له محل يرجع إليه عند تعذر الاستيفاء من محله الأصلي، ولم ينصب الضامن نفسه لأن يطالبه المضمون له مع وجود الأصيل ويسرته والتمكن من مطالبته، والناس يستقبحون هذا ويعدون فاعله متعديا ولا يعذرونه بالمطالبة، حتى إذا تعذر عليه مطالبة الأصيل عذروه بمطالبة الضامن وكانوا عونا له عليه، وهذا أمر مستقر في فطر الناس ومعاملاتهم بحيث لو طالب الضامن والمضمون عنه إلى جانبه والدراهم في كمه وهو متمكن من مطالبته لاستقبحوا ذلك غاية الاستقباح»[٣].

القول المختار:

الذي يبدو - والله تعالى أعلم - أن أصحّ القولين هو القول الثاني، وهو أن الضامن لا يطالب بأداء الدين إلا إذا تعذرت مطالبة المضمون عنه، إلا إذا التزم الضامن وفاء الدين وإن لم تتعذر مطالبة المضمون عنه؛ وذلك للأسباب التالية:

أولاً: صحة أدلة أصحاب القول الثاني.

ثانياً: أما أدلة أصحاب القول الأول فيمكن الإجابة عنها بما يلي:

---

(١) إعلام الموقعين (٣/٤١١).

(٢) التوى: الهلاك.

انظر: المصباح المنير (ص ٣١)، القاموس المحيط (ص ١٦٣٤).

(٣) إعلام الموقعين (٣/٤١١-٤١٢). وانظر: المعونة (٢/١٢٣٣).

١- استدلالهم بحديث قبيصة رضي الله عنه: يمكن أن يجاب عنه بأن الحمالة هي المال الذي يتحمله الإنسان للإصلاح بين المتنازعين، وذلك بأن تدعي إحدى القبيلتين مالا على الأخرى، والأخرى تنكره، فيقوم المصلح بتحمل ضمان هذا المال للإصلاح بينهما، وفي هذه الحالة يكون الحميل هو المطالَب وحده بالمال؛ لأن القبيلة الأخرى تنكر ثبوت المال عليها أصلا[1].

٢- أما استدلالهم بعموم قول النبي ﷺ: (الزعيم غارم) فيجاب عنه «بأنه لا عموم له، ولا يدل على أنه غارم في جميع الأحوال؛ ولهذا لو أدّى الأصيل لم يكن غارما؛ ولحديث أبي قتادة في ضمان دين الميت[2] لتعذر مطالبة الأصيل»[3].

٣- وأما استدلالهم بقياس الضامن على المضمون عنه في المساواة بالمطالبة فيجاب عنه بأن بينهما فرقا، وهو أن الضامن فرع، وقاعدة الشريعة أن الفروع والأبدال لا يصار إليها إلا عند تعذر الأصول، بخلاف المضمون عنه، فهو أصل بنفسه فهو أولى بالمطالبة من الفرع[4].

٤- وأما استدلالهم بقياس التخيير في المطالبة بين المضمون عنه والضامن على التخيير في المطالبة بين الضامنين: فيجاب عنه بأنه قياس مع الفارق؛ لأن كلاً من الضامنين فرع؛ فلذا جاز التخيير في المطالبة بينهما، بخلاف مسألتنا، فإن المضمون عنه أصل والضامن فرع، وقاعدة الشريعة: أنه لا يصار إلى الفروع إلا إذا تعذرت الأصول[5].

---

(١) انظر: شرح النووي مع صحيح مسلم (١٣٣/٧).

(٢) تقدم تخريجه صفحة ٢٩٩.

(٣) إعلام الموقعين (٤١٢/٣).

(٤) انظر: المرجع السابق (٤١١/٣).

(٥) انظر: المرجع السابق.

ثالثاً: وأما إذا التزم الضامن وفاء الدين - وإن لم تتعذر مطالبة المضمون عنه - فلقول النبي ﷺ: (المسلمون على شروطهم)(١)(٢).

الفرع الرابع: في رجوع الضامن على المضمون عنه:

اتفق فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة - من حيث الجملة(٣) - على أن الضامن إذا غرم الدين الذي تكفل به، فإن له الحق في الرجوع على الأصيل - المضمون عنه - ومطالبته بما غرم.

الفرع الخامس: في حكم أخذ الأجرة على الضمان:

اتفق الفقهاء على عدم جواز أخذ الضامن أجرة أو جعلا على ضمانه، قال الإمام أبو بكر بن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الحمالة بجعل يأخذه الحميل لا تحل ولا تجوز(٤).

ثم إني وقفت على فتوى للشيخ عبد الرحمن السعدي مفادها: جواز أخذ الجعل على الكفالة إلا أن الأولى تركها، هذا نصها: «قول الأصحاب رحمهم

---

(١) تقدم تخريجه صفحة ٩١.

(٢) انظر: المختارات الجلية ضمن المجموعة الكاملة لمؤلفات الشيخ عبد الرحمن السعدي (١٥٣/٢/٤).

(٣) وإن اختلفوا في اشتراط بعض الشروط. وانظر: البحر الرائق (٢٤٣/٦)، حاشية رد المحتار (٣١٤/٥)، الكافي لابن عبد البر (ص ٣٩٩)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣٣٥/٣)، روضة الطالبين (٢٦٥/٤)، مغني المحتاج (٢٠٩/٢)، المغني (٤٤١/٦، ٨٩/٧-٩١)، المقنع لابن البنا (٧٢٧/٢).

(٤) الإجماع لابن المنذر (ص١٤١)، الإشراف لابن المنذر (١٢٠/١). وانظر: المبسوط (٢٣/٢٠)، البحر الرائق (٢٤٢/٦)، شرح الزرقاني (٣٣/٦)، حاشية الدسوقي (٣٤١/٣)، الحاوي (٤٤٣/٦)، روضة الطالبين (٢٦٧/٤-٢٦٨)، المغني (٤٤١/٦)، الفروع (٢٠٧/٤).

الله: (وله أخذ جعل على اقتراضه له بجاهه) فيه نظر، فإنه لو قيل: أخذ الجعل على الكفالة لا عن الاقتراض لكان أولى. فإن الاقتراض من جنس الشفاعة، وقد نهى الشارع عن أخذ الجعل فيها، وأما الكفالة فلا محذور في ذلك، ولكن الأولى عدم ذلك. والله أعلم»[1]. والله تعالى أعلم بالصواب.

المطلب الخامس

من فروع القاعدة

هناك فروع فقهية كثيرة تندرج تحت القاعدة، منها ما يلي:

١- من كفل إنسانا بدين فلم يؤد الأصيل - المكفول عنه - الدين في موعده، فيجب على الكفيل الأداء وقضاء الدين[2].

٢- إذا تصالح اثنان على مال محدود، وكفل بمال الصلح أجنبي عنهما: جازت الكفالة، ويدفع الأجنبي المال للمصالح، فإذا تبين أن المال مستحق أو زيوف فيرجع المصالح على الأجنبي الذي دفع المال لا على صاحبه الذي صالحه؛ لأن الأجنبي قد التزم بالضمان، وبظهور الدراهم مستحقة أو زائفة انتقض القبض لا أصل العقد. فعلى الأجنبي الوفاء، وإن أبى أن يدفع انتقض الصلح وعادت الدعوى[3].

٣- خطاب الضمان، وهو: «تعهد نهائي يصدر من المصرف بناء على طلب عميله (ويسمى الآمر) بقبول دفع مبلغ نقدي معين، أو قابل للتعيين بمجرد أن يطلب المستفيد ذلك من المصرف خلال مدة محددة»[4].

---

(١) الفتاوى السعدية ضمن المجموعة الكاملة لمؤلفات الشيخ عبد الرحمن السعدي (٧/٢٥٢).

(٢) موسوعة القواعد للبورنو (٥/٤٢٧). وانظر: المغني (٧/٧١، ٨٩).

(٣) المرجع السابق (٥/٤٢٧-٤٢٨).

(٤) المصارف والأعمال المصرفية (ص١١٥).

وخطاب الضمان بأنواعه الابتدائي والانتهائي لا يخلو إما أن يكون بغطاء أو بدونه:

* فإن كان بدون غطاء فهو: ضم ذمة الضامن إلى ذمة غيره فيما يلزم حالاً أو مآلا، وهذه هي حقيقة ما يعنى في الفقه الإسلامي باسم: الضمان أو الكفالة.

* وإن كان خطاب الضمان بغطاء فالعلاقة بين طالب خطاب الضمان وبين مصدره هي الوكالة، والوكالة تصح بأجر أو بدونه مع بقاء علاقة الكفالة لصالح المستفيد (المكفول له)[١].

«ولا يجوز أخذ الأجر على خطاب الضمان لقاء عملية الضمان، والتي يراعى فيها مبلغ الضمان ومدته، سواء أكان بغطاء أم بدونه، بخلاف المصاريف الإدارية لإصدار خطاب الضمان بنوعيه، فإنها جائزة شرعا مع مراعاة عدم الزيادة على أجر المثل»[٢]. والله تعالى أعلم.

٤- الاعتماد المستندي، «وهو: تعهد كتابي صادر من مصرف بناء على طلب مستورد لصالح مورد، يتعهد فيه المصرف بدفع المبالغ التي يستحقها المورد ثمنا لسلع يصدرها للمستورد - (طالب فتح الاعتماد) - متى قدم المورد المستندات المتعلقة بالسلع والشحن، على أن تكون هذه المستندات مطابقة لشروط الاعتماد»[٣].

---

(١) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي (ص ٢٥).

(٢) المرجع السابق (ص٢٦) بتصرف. وانظر: تطوير الأعمال المصرفية (ص٢٩٤-٣٠١)، بحوث في المعاملات (ص٣٨٥-٣٩١)، مشكلة الاستثمار (ص٤٨٠-٤٨٨).

(٣) الكفالة للسالوس (ص١٥٩).

وقد خرَّج بعض الباحثين «الاعتماد المستندي المغطى غطاء كليا بأن المصرف يكون في هذه الحالة وكيلا عن فاتح الاعتماد، وإن كان كفيلا بالنسبة للمصدر الذي يعتبر مكفولا له، غير أن المصرف يأخذ عمولة تعد أجرا أو جعلا عن وكالته لا عن كفالته. أما الاعتماد غير المغطى كليا أو جزئيا فالمصرف كفيل، وفاتح الاعتماد غير المغطى مكفول عنه»[1].

٥- البطاقات البنكية الإقراضية والسحب المباشر من الرصيد (البطاقات الائتمانية).

وقد جاء في تعريفها - ما يبين حقيقتها وأقسامها - بأنها: «أداة يصدرها بنك أو تاجر أو مؤسسة تخول حاملها الحصول على السلع والخدمات، سحبا لأثمانها من رصيده، أو قرضا مدفوعا من قبل مصدرها ضامنا لأصحاب الحقوق ما يتعلق بذمة حاملها، الذي يتعهد بالوفاء والتسديد للقرض خلال مدة معينة من دون زيادة على القرض إلا في حالة عدم الوفاء، أو بزيادة ربوية لدى اختياره الدفع على أقساط، مع حسم عمولة على التاجر من قيمة مبيعاته في جميع الحالات»[2].

هذا «وقد بادرت بعض المصارف الإسلامية إلى طرح تكييف شرعي لمسائل هذه البطاقات واستخداماتها، مع تبني بعضها إصدار بطاقة تُرَاعَى فيها الشروط الشرعية»[3].

---

(١) المرجع السابق (ص١٦٠) بتصرف. وانظر: المصارف والأعمال المصرفية (ص١٠٠-١١٣)، تطوير الأعمال المصرفية (ص٣٠٣-٣٠٦)، موقف الشريعة من المصارف (ص٢٩٩-٣٠٢)، مشكلة الاستثمار (ص٤٧٢-٤٧٩).

(٢) البطاقات البنكية (ص٢٢٧).

(٣) بحوث في المعاملات (ص٤١٠).

«ويشتمل نظام بطاقات المعاملات المالية – سواء منها بطاقات الإقراض بأنواعها أو السحب المباشر من الرصيد – على عدة عقود بحسب طبيعة العقد وأطرافه»[1]، أهم هذه العقود: عقد الوكالة، وعقد الضمان، وعقد القرض.

والذي يهمنا هنا منها عقد الضمان المالي حيث «يلتزم به البنك المصدر للبطاقة للتاجر – الممول حاملي البطاقات بالبضائع والخدمات – دفع قيمة مبيعاته أو أجوره، يقوم بتسديدها لحسابه مباشرة إذا توافرت كافة الشروط المطلوبة في سندات البيع، حيث يصبح مصدر البطاقة ضامنا، والتاجر مضمونا له، وحامل البطاقة مضمونا عنه، وقيمة البيعات الدين المضمون به»[2].

(١) البطاقات البنكية (ص٢٣٠).

(٢) المرجع السابق، بتصرف. وانظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٨/٢/٥٧١-٦٧١)، التكييف الشرعي للبطاقات المصرفية.

الباب الثاني

القواعد المتعلقة بالضامن

وفيه فصلان:

الفصل الأول: القواعد المتعلقة بأهلية الضامن.

الفصل الثاني: القواعد المتعلقة بالمباشر والمتسبب.

الفصل الأول

القواعد المتعلقة بأهلية الضامن

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: قاعدة: لا فرق في ضمان المتلف بين العلم والجهل.

المبحث الثاني: قاعدة: العمد والخطأ في ضمان الأموال سواء.

المبحث الأول

قاعدة: لا فرق في ضمان المتلف بين العلم والجهل

هذه إحدى القواعد المهمة المتعلقة بأهلية الضامن، وقد درستها في المطالب التالية:

المطلب الأول

في صيغ القاعدة

ثمة صيغ كثيرة ذكرها العلماء لهذه القاعدة، وقد جعلتها تحت قسمين:

القسم الأول: الصيغ العامة:

وهي التي تشمل الضمان وغيره، وهذه الصيغ كما يلي:

أولاً: قال أبو الحسن الماوردي: «الجهل بالأحكام لا يسقطها»[(١)].

ثانياً: قال أبو الخطاب الكلوذاني[(٢)]: «الجهل عذر في رفع المعصية لا في إسقاط الواجب المأمور به»[(٣)].

---

(١) الحاوي (٥/٢٦١).

(٢) هو العالم الفقيه أبو الخطاب محفوظ بن أحمد بن الحسن بن أحمد الكلوذاني، قرأ على الجوهري والقاضي أبي يعلى وأبي عبد الله الونّي وغيرهم، وقرأ عليه جماعة منهم: عبد الوهاب بن حمزة وأبو بكر الدّينوري وعبد القادر الجيلي، من مؤلفاته: "الهداية في الفقه" و"الانتصار في مسائل الخلاف" و"التمهيد في أصول الفقه"، توفي سنة ٥١٠هـ.

انظر: طبقات الحنابلة (٣/١١٦-١٢٧)، المقصد الأرشد (٣/٢٠-٢٣).

(٣) الانتصار (١/٤١٩).

ثالثاً: قال علي السبكي[١]: «الجهل بالحكم الشرعي لا يدفع ثبوته»[٢].

رابعاً: جاء في كتاب "المعيار" ما نصه: «كل ما يتعلق به حق لغيره فلا يعذر الجاهل فيه بجهله»[٣].

القسم الثاني: الصيغ الخاصة:

وهي التي تختص بالضمان دون غيره، وهذه الصيغ كما يلي:

أولاً: جاء في "مختصر اختلاف العلماء" ما نصه: «أحكام المستهلكات لا تختلف فيما يتعلق بها من الضمان بالعلم ولا غيره»[٤].

ثانياً: قال أبو الحسن الماوردي: «الضمان يختلف باختلاف التالف دون المتلف»[٥].

ثالثاً: قال أبو بكر السرخسي: «جهل المتلف لا يكون مانعا من وجوب الضمان عليه مع تحقق الإتلاف»[٦].

---

(١) هو الفقيه الأصولي تقي الدين أبو الحسن علي بن عبد الكافي بن علي بن تمام بن حامد السبكي، ولد سنة ٦٨٣هـ، تفقه في صغره على والده، وقرأ على ابن دقيق العيد وابن الرفعة، سمع منه الحفاظ: أبو الحجاج المزي وأبو عبد الله الذهبي وأبو محمد البرزالي وغيرهم، له مؤلفات منها: "الدر النظيم في تفسير القرآن العظيم" و"تكملة المجموع في شرح المهذب للنووي" و"الإبهاج في شرح المنهاج"، توفي سنة ٧٥٦هـ.

انظر: تذكرة الحفاظ (١٥٠٧/٤)، طبقات الشافعية لابن السبكي (١٣٩/١٠-٣٣٩).

(٢) المجموع (١٩/١٠).

(٣) المعيار المعرب (٤٥١/٩)، إعداد المهج (ص٧٨-٧٩).

(٤) مختصر اختلاف العلماء (٤٢٠/٣).

(٥) الحاوي (١٠٥/١٥).

(٦) المبسوط (١٠٠/١١).

رابعاً: قال قاضيخان: «جزاء الظلم لا يختلف بالعلم والجهل؛ فإن من أتلف مال الغير ضمن، علم بذلك أم لم يعلم»[١].

خامساً: قال أبو محمد بن قدامة: «الجهل لا يمنع صحة الضمان»[٢].

سادسا: قال أبو زكريا النووي: «الجهل ليس مسقطا للضمان»[٣].

سابعا: قال عبد الوهاب السبكي: «لا فرق في ضمان المتلف بين العلم والجهل»[٤].

ثامناً: قال برهان الدين بن مفلح: «الإتلاف الموجب للضمان لا فرق فيه بين العلم والجهل»[٥].

تاسعاً: قال أبو العباس الونشريسي: «التعدي على مال الغير يستوي فيه الجهل والعمد»[٦].

عاشراً: قال محمد الشربيني: «الجهل ليس مسقطا للضمان، بل للإثم»[٧].

حادي عشر: قال منصور البهوتي: «الإتلاف يستوي فيه العمد وغيره»[٨].

ثاني عشر: قال عبدالرحمن السعدي: «الإتلاف يستوي فيه المتعمد والجاهل والناسي»[٩].

---

(١) شرح الزيادات (ص١٨٦١) بواسطة موسوعة القواعد للندوي (١٤٣/٢).

(٢) المغني (١٨٦/١٠).

(٣) روضة الطالبين (٩/٥).

(٤) الأشباه والنظائر لابن السبكي (٢٧٧/١).

(٥) المبدع (٢٤/٥، ١١٠)، كشاف القناع (٥١٤/٣).

(٦) عدة البروق (ص٣٣٥).

(٧) مغني المحتاج (٢٧٩/٢).

(٨) كشاف القناع (١٤/٣).

(٩) القواعد والأصول الجامعة (ص ٤٣).

المطلب الثاني

في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة

العلم: نقيض الجهل، وهو يدل على أثر بالشيء يتميز به عن غيره، ومنه: (العلامة)، يقال: (أعلم الفارس) إذا كانت له علامة في الحرب، ومنه: (العَلَم)، وجمعه (أعلام)، ويطلق على الراية والجبل وكل شيء يكون معلما خلاف المجهل، ويأتي العلم بمعنى اليقين والمعرفة[١].

وفي الاصطلاح: إدراك الشيء على ما هو عليه[٢].

الجهل: يمكن الكلام عليه في ثلاثة أمور:

الأمر الأول: معنى الجهل في اللغة والاصطلاح:

الجهل لغة: مصدر جهل جهلا وجهالة، وهو يدل على معنيين:

١- نقيض العلم، ومنه (جهل الحق) إذا أضاعه، و(جهّله تجهيلا) أي: نسبه إلى الجهل، ويقال: (أرض مجهل) إذا كانت مفازة لا عَلَم بها ولا يهتدى إليها.

٢- الخفة وخلاف الطمأنينة، يقال: (جهل على غيره) أي: سفه وأخطأ، ويقال: (استجهلت الريحُ الغصنَ) إذا حركته فاضطرب، ويقال للخشبة التي يحرك بها الجمر: (مِجْهَل)[٣].

والجهل في الاصطلاح نوعان:

النوع الأول: الجهل المركب، وهو: تصور الشيء على غير هيئته.

النوع الثاني: الجهل البسيط، وهو: انتفاء إدراك الشيء بالكلية[٤].

---

(١) انظر: معجم مقاييس اللغة (٤/١٠٩-١١٠)، المصباح المنير (ص ١٦٢).

(٢) انظر: التعريفات (ص١٥٥)، المسودة (ص٥٧٥)، شرح الكوكب المنير (١/٦١).

(٣) انظر: معجم مقاييس اللغة (١/٤٨٩)، المصباح المنير (ص ٤٤)، القاموس المحيط (ص١٢٦٧).

(٤) انظر: التعريفات (ص٨٠)، تهذيب الأسماء واللغات (٣/١/٥٧)، شرح الكوكب المنير (١/٧٧).

الأمر الثاني: في أقسام الجهل:

ينقسم الجهل إلى قسمين:

١- **الجهل بالحكم**، وهو: أن لا يعلم الحكم الشرعي في هذه المسألة، مثل جهله بأن الجماع في نهار رمضان حرام على الصائم.

٢- **الجهل بالحال**، وهو: أن لا يعلم أن هذا الشيء هو المحرم، أو أن هذا الزمن هو زمن التحريم، أو أن هذا المكان مكان التحريم.

مثاله: إذا صلى في مكان ثم تبين أنه مقبرة، فهنا صلاته لا تصح، وهذا جهل بالحال باعتبار المكان[1].

الأمر الثالث: في ضابط الجهل الذي يعذر فيه:

الجهل نوعان:

١- جهل لا يعذر فيه، وهو: ما كان ناشئا عن تفريط وإهمال مع قيام المقتضي للتعلم، سواء كان في الكفر أم في المعاصي.

٢- جهل يعذر فيه، وهو: ما لم ينشأ عن تفريط وإهمال، ولم يقم المقتضي للتعلم، بأن كان لم يطرأ على باله أن هذا الشيء حرام[2].

---

(١) نقلته من شرح للشيخ محمد العثيمين على منظومته في القواعد الفقهية وأصوله، في شريط كاسيت. وانظر: القواعد الفقهية للعثيمين (ص٦٠)، مختصر شرح منظومة ابن عثيمين (ص٢٨).

(٢) القول المفيد (١/ ١٧١). وانظر: التقرير والتحبير (٣/ ٣١٣) وما بعدها، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٦١)، الفروق (٢/ ١٤٩-١٥١)، القواعد للمقري (٢/ ٤١٢)، المنهج إلى المنهج (ص٤٤-٤٥)، الرسالة (ص٣٥٧-٣٥٩)، المنثور (٢/ ١٩-٢٣)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٨٨)، المغني (٢/ ٣٤٦، ٤/ ٦-٧)، القواعد والفوائد الأصولية (ص٥٨)، مجموع فتاوى ورسائل العثيمين (٢/ ١٢٦-١٣٨).

المطلب الثالث

في المعنى الإجمالي للقاعدة

من أتلف نفسا أو مالا أو حقا بغير حق: وجب على المتلف ضمانه، سواء كان عالما أم جاهلا(١).

المطلب الرابع

في دراسة القاعدة

يمكن دراسة القاعدة من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة:

اتفق الفقهاء على صحة القاعدة، وهو أن من أتلف شيئاً من حقوق الآدميين عالما به، فإنه يجب عليه ضمان الشيء المتلف وعليه الإثم، أما إذا كان جاهلا به فيجب عليه الضمان وينتفي عنه الإثم(٢).

واستدلوا على ذلك بمجموعة من الأدلة، جعلتُها في قسمين:

---

(١) انظر: القواعد والأصول الجامعة (ص ٤٣).

(٢) انظر: مختصر اختلاف العلماء (٤٢٠/٣)، بدائع الصنائع (١٤٨/٧، ١٦٨)، الهداية مع فتح القدير (٢٤٦/٨)، البناية (٢١٣/١٠)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٦٢)، الدر المختار مع حاشيته (١٧٩/٦-١٨٠)، الفروق (٢١٣/١)، عدة البروق (ص٣٣٥)، المعيار (٤٥١/٩)، شرح المنهج المنتخب (ص٢٤٢، ٢٤٣، ٢٤٦)، منح الجليل (٨٧/٧)، المنهج إلى المنهج (ص٤٥)، الأم (١٨٢/٢-١٨٣)، قواعد الأحكام (٣٥/١، ٢٦٣، ١٥٢/٢)، روضة الطالبين (٩/٥)، الأشباه والنظائر للسبكي (٢٧٧/١)، المنثور (١٥/٢، ١٨)، القواعد للحصني (٤١٨/٣)، فتح الباري (١٩١/٥، ٥٥٩/١١)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٨٨، ١٩٢)، مغني المحتاج (٢٧٩/٢) المغني (٣٩٣/٧، ١٨٦/١٠)، المبدع (٢٤/٥)، كشاف القناع (٥١٤/٣)، القواعد والأصول الجامعة (ص ٤٣)، المحلى (٤٢٩/٦-٤٣٠).

القسم الأول: الأدلة الدالة على أن المُتلِف إذا كان عالما فإن عليه الإثم والضمان، وإذا كان جاهلا فعليه الضمان فقط:

١- قال تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾(١).

وجه الدلالة: أن الله عزّ وجلّ نهى عن أكل أموال الناس بغير حق، وذلك يوجب على متلفها الإثم والضمان، ولم يفرق الشارع بين العالم وغيره في ضمان المتلفات(٢).

٢- عن أبي بكرة ﷺ أن النبي ﷺ قال: (إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا)(٣).

وجه الدلالة: بيّن النبي ﷺ أن الأموال محترمة، وأن إتلافها بغير حق حرام. وهذا يقتضي وجوب الضمان وحلول الإثم على متلفها، مع عدم التفريق بين العالم وغيره في وجوب ضمان المتلفات(٤).

٣- نقل الشيخ محمود العيني(٥) إجماع العلماء على ذلك(٦).

---

(١) سورة النساء، الآية [٢٩].

(٢) انظر: المحلى (٦/٤٢٩-٤٣٠)، البناية (١٠/٢١٣).

(٣) تقدم تخريجه صفحة ٨١.

(٤) انظر: المحلى (٦/٤٢٩-٤٣٠)، البناية (١٠/٢١٣).

(٥) هو الفقيه المحدث محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد، بدر الدين العيني، قاضي القضاة، ولد سنة ٧٦٢هـ بمصر اشتغل ومهر ودخل القاهرة وولي الحسبة مرارا وقضاء الحنفية، أخذ عنه الجمال يوسف المطلي والعلاء السيرامي وجبريل بن صالح البغدادي، من مؤلفاته: عمدة القاري شرح صحيح البخاري، البناية شرح الهداية، شرح درر البحار، توفي سنة ٨٥٥هـ. انظر: الفوائد البهية في تراجم الحنفية (ص٢٠٧)، معجم المؤلفين (٣/٧٩٧-٧٩٨).

(٦) البناية (١٠/٢١٣).

٤- إن الضمان حق العبد، فلا يتوقف على قصده(١).

٥- إن الضمان يجب جبرا لحق صاحب المال بتفويته، وحقه مراعى، وإن كان الآخذ معذورا لجهله وعدم قصده(٢).

القسم الثاني: الأدلة على رفع الإثم عن المُتلِف الجاهل:

١- قال تعالى: ﴿ مَن كَفَرَ بِٱللَّهِ مِنۢ بَعْدِ إِيمَـٰنِهِۦٓ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَـٰنِ وَلَـٰكِن مَّن شَرَحَ بِٱلْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِّنَ ٱللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴾(٣).

٢- قال تعالى: ﴿ لَّا يَتَّخِذِ ٱلْمُؤْمِنُونَ ٱلْكَـٰفِرِينَ أَوْلِيَآءَ مِن دُونِ ٱلْمُؤْمِنِينَ ۖ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَلَيْسَ مِنَ ٱللَّهِ فِى شَىْءٍ إِلَّآ أَن تَتَّقُوا۟ مِنْهُمْ تُقَىٰةً ﴾(٤).

٣- قال تعالى: ﴿ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَآ أَخْطَأْتُم بِهِۦ وَلَـٰكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ ﴾(٥).

٤- قال تعالى: ﴿ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَآ إِن نَّسِينَآ أَوْ أَخْطَأْنَا ﴾(٦).

٥- وقد جاء في سبب نزول هذه الآية ما رواه عبد الله بن عباس رضي الله عنهما قال: لما نزلت هذه الآية: ﴿ وَإِن تُبْدُوا۟ مَا فِىٓ أَنفُسِكُمْ أَوْ تُخْفُوهُ يُحَاسِبْكُم بِهِ ٱللَّهُ ﴾(٧)، قال: دخل قلوبهم منها شيء لم يدخل قلوبهم من شيء؛ فقال النبي ﷺ: (قولوا: سمعنا وأطعنا وسلمنا)، قال: فألقى الله الإيمان في قلوبهم، فأنزل

---

(١) المرجع السابق. والهداية مع فتح القدير (٢٤٦/٨).

(٢) انظر: الكفاية مع فتح القدير (٢٤٦/٨).

(٣) سورة النحل، الآية [١٠٦].

(٤) سورة آل عمران، الآية [٢٨].

(٥) سورة الأحزاب، الآية [٥].

(٦) سورة البقرة، الآية [٢٨٦].

(٧) سورة البقرة، الآية [٢٨٤].

الله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ۚ لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا ٱكْتَسَبَتْ ۗ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَآ إِن نَّسِينَآ أَوْ أَخْطَأْنَا﴾، قال: قد فعلت، ﴿وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَآ إِصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُۥ عَلَى ٱلَّذِينَ مِن قَبْلِنَا﴾، قال: قد فعلت، ﴿وَٱغْفِرْ لَنَا وَٱرْحَمْنَآ ۚ أَنتَ مَوْلَىٰنَا﴾، قال: قد فعلت[1].

٦- عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: **(إن الله عزّ وجلّ تجاوز لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)**[2].

٧- عن عمرو بن العاص[3] رضي الله عنه أنه سمع رسول الله ﷺ يقول: **(إذا حكم**

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه: كتاب الإيمان، باب بيان أنه سبحانه وتعالى لم يكلف إلا ما يطاق (١/١١٥) برقم (١٢٥).

(٢) أخرجه ابن ماجه في سننه: كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي (٢/٥١٣-٥١٤) برقم (٢٠٤٣)، بلفظ «إن الله وضع...»، والحاكم في المستدرك (٢/٢١٦)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٣/٩٥)، والدارقطني في سننه (٤/١٧٠) وما بعدها، والبيهقي في السنن الكبرى: كتاب الخلع والطلاق، باب ما جاء في طلاق المكره (٧/٣٥٦)، كلهم بلفظ «تجاوز...»، وصححه الحاكم وابن رجب والألباني. وللحديث شواهد وطرق ذكرها الزيلعي وابن حجر، وقال ابن حجر: «تكرر هذا الحديث في كتب الفقهاء والأصوليين بلفظ: «رفع عن أمتي» ولم نره بها في الأحاديث المتقدمة عند جميع من أخرجه». وذكر الزيلعي والألباني نحوه.
انظر: نصب الراية (٢/٦٤) وما بعدها، التلخيص الحبير (١/٥٠٠-٥١٢)، جامع العلوم والحكم (ص٣٧١)، إرواء الغليل (١/١٢٣) وما بعدها.

(٣) هو الصحابي الجليل عمرو بن العاص بن وائل، أبو عبد الله، ويقال أبو محمد، السهمي القرشي، هاجر إلى رسول الله ﷺ مسلما في أوائل سنة ثمان، وكان يضرب به المثل في الفطنة والدهاء والحزم، حدث عنه ابنه عبد الله وعروة بن الزبير والحسن البصري مرسلا وغيرهم، وهو الذي افتتح مصر وولي إمرتها زمن عمر وصدرا من دولة عثمان، ثم أعطاه معاوية إياها، وفيها تُوفي سنة ٤٣هـ، وقيل غير ذلك.
انظر: أسد الغابة (٤/١١٥)، سير أعلام النبلاء (٣/٥٤).

الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر)[(١)].

وجه الدلالة من هذه الآيات والأحاديث: دلّت هذه الآيات الكريمات والأحاديث النبوية الشريفة على رفع الإثم عن المخطئ والناسي والمكره[(٢)].

والجاهل يأخذ حكم المخطئ والناسي والمكره؛ لوجود العذر في كل[(٣)]. والله تعالى أعلم.

الفرع الثاني: في تقييد القاعدة:

ذكرت في الفرع الأول اتفاق العلماء على صحة القاعدة، وهو أن من أتلف شيئاً وهو عالم به وجب عليه الضمان وحلَّ عليه الإثم، أما إذا كان جاهلا به فإن الضمان يجب عليه وينتفي عنه الإثم.

غير أن بعض العلماء قيَّد هذه القاعدة - (لا فرق في ضمان المتلف بين العلم والجهل) - بحقوق الآدميين، أما حقوق الله فإن ثمة فرقاً بين العلم والجهل في ضمان المتلفات، فمن كان عالما وجب عليه الضمان وحلَّ عليه الإثم، ومن كان جاهلا سقط عنه الضمان والإثم.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب الاعتصام بالسنة، باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ (٣٧٢/٤) برقم (٧٣٥٢)، ومسلم في صحيحه: كتاب الأقضية، باب بيان أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ (١٣٤٢/٣) برقم (١٧١٦).

(٢) انظر: جامع العلوم والحكم (ص٣٧٣)، البناية (٢١٣/١٠)، الكفاية مع فتح القدير (٢٤٦/٨-٢٤٧)، الشرح الممتع (٢٢٣/٧-٢٢٤).

(٣) انظر: المجموع (٣١٦/٧)، المغني (١٧٣/٥، ١٧٤، ٣٩١-٣٩٣)، الشرح الكبير مع المقنع (٣٣٤/٨، ٤٢٠)، الفروع (٣٨٩/٣-٣٩٠)، الإنصاف مع المقنع (٣٣٤/٨-٣٣٥، ٤٢٦، ٤٢٨)، الشرح الممتع (٢٢٢/٧-٢٢٤).

وممن ذهب إلى هذا التقييد العلامة عبد الرحمن السعدي حيث يقول: «وليس فيه - أي إتلاف المحرم للصيد - إتلاف مال آدمي حتى يستوي عمده وسهوه، وإنما الحق كله لله، وحقه تعالى بني على المسامحة والمساهلة»[(١)].

وقال أيضا: «والفرق بينه وبين أموال الآدميين: أن الحق في قتل الصيد للمحرم لله، والإثم مترتب على القصد، فكذلك الجزاء»[(٢)].

وقال أيضا: «وليس في ذلك إتلاف حق آدمي حتى يقال فيه: والإتلاف يستوي فيه المتعمد وغيره، وإنما ذلك في أموال الآدميين ونفوسهم، وأما في حقوق الله فإنه يترتب على الإثم. والله أعلم»[(٣)].

وتبعه في ذلك تلميذه العلامة محمد العثيمين، حيث يقول في منظومته في القواعد الفقهية وأصوله:

والإثم والضمان يسقطان ... بالجهل والإكراه والنسيان
إن كان ذا في حق مولانا ولا ... تسقط ضمانا في حقوق للملا[(٤)]

وقال أيضا: «إن الإتلاف الذي يستوي فيه العمد وغيره هو ما كان في حق الآدمي»[(٥)].

ومن أجل الكشف عن مدى صحة هذا التقييد، رأيت أن أبحث مسألة من فروع هذه القاعدة المتعلقة بحقوق الله جلّ وعلا؛ لنتعرف على أقوال الفقهاء في

---

(١) الإرشاد (ص٩٢). وانظر: فتح الباري (١٩١/٥، ٥٥٩/١١).

(٢) القواعد والأصول الجامعة (ص ٤٤).

(٣) المختارات الجلية ضمن المجموعة الكاملة لمؤلفات الشيخ عبد الرحمن السعدي (١٣٩/٢/٤).

(٤) منظومة في أصول الفقه وقواعد فقهية (ص١٤)، القواعد الفقهية للعثيمين (ص٦٠).

(٥) الشرح الممتع (٢٢٧/٧).

هـذا التقييد وأدلـتهم والراجح من هذه الأقوال، من خلال دراسة هذه المسألة، وقد اخترت أن تكون هذه المسألة هي:

مسألة: هـل تسـقط الفديـة عـن المحرم إذا قتل الصيد(١) جاهلا به أو مخطئا أو ناسيا؟.

اتفـق الفقهـاء عـلى سـقوط الإثـم عن المحرم إذا قتل الصيد جاهلا به أو مخطئا أو ناسيا(٢).

واختلفوا في سقوط الفدية عنه على قولين:

القـول الأول: لا تسـقط الفديـة، وهـو قـول الحنفيـة(٣) والمالكيـة(٤) والمذهـب المنصوص عليه عند الشافعية(٥) والصحيح من المذهب عند الحنابلة(٦).

---

(١) عدَّ العلماء قتل الصيد من باب ضمان المتلفات. انظر: الهداية مع فتح القدير (٦/٣)، المغني (٣٩٧/٥)، إعلام الموقعين (٣١/٢).

(٢) انظر: الهداية مع فتح القدير (٢٤٦/٨)، البناية (٢١٣/١٠)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٦٢)، الدر المختار مع حاشية رد المحتار (١٧٩/٦-١٨٠)، الفروق (٢١٣/١)، شرح المنهج المنتخب (ص٢٤٢-٢٤٣)، الأم (١٨٢/٢-١٨٣)، قواعد الأحكام (٣٥/١)، المنثور (١٥/٢)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٨٨)، مغني المحتاج (٢٧٩/٢)، المغني (٣٩٣/٧)، القواعد والأصول الجامعة (ص ٤٣)، المحلى (٤٢٩/٦)، مناسك الحج والعمرة (ص٤٧).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٢٠١/٢)، الهداية مع فتح القدير (٦/٣)، الاختيار (٢١٤/١)، حاشية رد المحتار (٥٤٣/٢).

(٤) انظر: الإشراف (٤٩٦/١)، المعونة (٥٣٥/١)، التلقين (ص٢١٧)، بداية المجتهد (٤١٥/١، ٤١٦)، جامع الأمهات (ص٢٠٩)، حاشية الدسوقي (٧٤/٢).

(٥) انظر: الأم (١٥٤/٢، ١٨٢-١٨٣)، المجموع (٣١٦/٧، ٣٤١)، روضة الطالبين (١٣٧/٣)، مغني المحتاج (٥٢٤/١).

(٦) انظر: المغني (٣٩٦/٥-٣٩٧)، المبدع (١٨٥/٣-١٨٦)، الإنصاف مع المقنع (٣٢٧/٨).

القول الثاني: تسقط الفدية، وهو وجه عند الشافعية[١] ورواية عند الحنابلة[٢] وقول الظاهرية[٣].

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول بما يلي:

١- قال تعالى: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَقْتُلُوا۟ ٱلصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ ۚ وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ ﴾[٤].

وجه الدلالة: يحتمل أن يكون المراد: متعمدا لقتله ناسيا لإحرامه، كما يحتمل أن يكون المراد متعمدا لقتله ذاكرا لإحرامه، فلما احتمل الأمرين وجب حمله عليهما؛ لأن ظواهر العموم يتناولهما[٥].

٢- عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: جعل رسول الله ﷺ في الضبع يصيبه المحرم كبشا، وجعله من الصيد[٦].

---

(١) انظر: المجموع (٣١٦/٧)، روضة الطالبين (١٣٧/٣).

(٢) انظر: المغني (٣٩٦/٥-٣٩٧)، المبدع (١٨٥/٣-١٨٦)، الإنصاف مع المقنع (٣٢٧/٨).

(٣) انظر: المحلى (٢٣٤/٥).

(٤) سورة المائدة، [٩٥].

(٥) انظر: المعونة (٥٣٥/١)، المجموع (٣٤٢/٧).

(٦) أخرجه أبو داود في سننه: كتاب الأطعمة، باب في أكل الضبع (١٥٨/٤-١٥٩) برقم (٣٨٠١)، والترمذي في سننه: كتاب الحج، باب ما جاء في الضبع يصيبها المحرم (٢٠٧/٣-٢٠٨) برقم (٨٥١)، والنسائي في سننه: كتاب مناسك الحج، باب ما لا يقتله المحرم (٢٠٩/٥-٢١٠) برقم (٢٨٣٦)، وكتاب الصيد، باب الضبع (٢٢٧/٧) برقم (٤٣٣٤)، وابن ماجه في سننه: كتاب المناسك، باب جزاء الصيد يصيبه المحرم (٥٠٧/٣) برقم (٣٠٨٥)، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح، وصححه الألباني في الإرواء (٢٤٢/٤)، وصحيح سنن ابن ماجه (١٩٢/٢).

٣- عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال في بيض النعام يصيبه المحرم: (ثمنه)(١).

وجه الدلالة من الحديثين: أن النبي ﷺ أوجب على المحرم ضمان ما أتلفه من الصيد دون تفريق بين العالم والجاهل، ولا بين المتعمد والمخطئ ولا بين الذاكر والناسي(٢).

٤- إن ضمان الصيد يعتمد وجوبه الإتلاف؛ لقوله تعالى: ﴿ وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم ﴾(٣)، فأشبه غرامات الأموال في وجوب الضمان مع العلم والجهل، والعمد والخطأ، والذكر والنسيان(٤).

٥- إن المتلف في حال جهله أو خطئه أو نسيانه، قد أتلف الصيد في حال الإحرام أو الحرم، فأشبه المتلف العالم أو المتعمد أو الذاكر(٥).

٦- إن الصيد حيوان مضمون بالكفارة، فلزم ذلك في إتلافه مع الجهل والخطأ والنسيان كالآدمي(٦).

---

(١) أخرجه ابن ماجه في سننه: كتاب المناسك، باب جزاء الصيد يصيبه المحرم (٣/٥٠٨) برقم (٣٠٨٦)، وضعفه البوصيري في زوائد ابن ماجه (ص٤٠٥)، والألباني في ضعيف سنن ابن ماجه (ص٢٤٢)، وإرواء الغليل (٤/٢١٦).

(٢) انظر: الإشراف (١/٤٩٦)، المعونة (١/٥٣٥)، المغني (٥/٣٩٧).

(٣) سورة المائدة، الآية [٩٥].

(٤) انظر: الهداية والكفاية مع فتح القدير (٣/٦-٧)، بداية المجتهد (١/٤١٦-٤١٧)، المغني (٥/٣٩٧).

(٥) انظر: الإشراف (١/٤٩٦)، المعونة (١/٥٣٥).

(٦) انظر: الكفاية مع فتح القدير (٣/٧)، الإشراف (١/٤٩٦)، المجموع (٧/٣٤٣).

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١- قال تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقْتُلُواْ ٱلصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ ۚ وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ ﴾[١].

وجه الدلالة: دل منطوق الآية على اشتراط التعمد في وجوب الجزاء على المحرم القاتل للصيد، ودل مفهومها على أنه لا جزاء على الخاطئ[٢]، والجاهل والناسي يأخذ حكم الخاطئ؛ لوجود العذر فيهما[٣].

٢- عموم الأدلة الدالة على العفو عن الخطأ والنسيان والإكراه - ويدخل في ذلك الجهل - كقول الله تعالى: ﴿ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَآ أَخْطَأْتُم بِهِۦ وَلَٰكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ ﴾[٤]، وقوله جلّ وعلا: ﴿ مَن كَفَرَ بِٱللَّهِ مِنۢ بَعْدِ إِيمَٰنِهِۦٓ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَٰنِ وَلَٰكِن مَّن شَرَحَ بِٱلْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِّنَ ٱللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴾[٥]، وقوله تعالى: ﴿ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَآ إِن نَّسِينَآ أَوْ أَخْطَأْنَا ﴾[٦]، وقد ثبت عن النبي ﷺ أن الله تعالى قد استجاب هذا الدعاء وقال: قد فعلت[٧].

---

(١) سورة المائدة، [٩٥].

(٢) انظر: بداية المجتهد (١/٦٧)، المجموع (٧/٣٤٢)، المغني (٥/٣٩٧)، المحلى (٥/٢٣٤-٢٣٥).

(٣) انظر: المجموع (٧/٣١٦)، المغني (٥/١٧٣، ١٧٤، ٣٩١-٣٩٣)، الشرح الكبير مع المقنع (٨/٣٣٤، ٤٢٠)، الفروع (٣/٣٨٩-٣٩٠)، الإنصاف مع المقنع (٨/٣٣٤-٣٣٥، ٤٢٦، ٤٢٨)، الشرح الممتع (٧/٢٢٢-٢٢٤).

(٤) سورة الأحزاب، الآية [٥].

(٥) سورة النحل، الآية [١٠٦].

(٦) سورة البقرة، الآية [٢٨٦].

(٧) تقدم تخريجه صفحة ٣٢٧.

ومن الأدلة العامة أيضا ما جاء عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: (**إن الله عزّ وجلّ تجاوز لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه**)[1][2].

٣- إن الأصل براءة الذمة عن لزوم شيء في المال حتى يأتي الدليل الدال عليه. ولا يوجد دليل يدل على إيجاب الفدية على المحرم إذا قتل الصيد وهو جاهل أو مخطئ أو ناسٍ[3].

٤- إن قتل الصيد محظور في الإحرام، فوجب مع العلم والعمد والذكر دون الجهل والخطأ والنسيان كالطيب واللباس[4].

القول المختار:

بعد عرض قَوْلَي العلماء في هذه المسألة، وما استدل به أصحاب كل قول، يظهر لي - والعلم عند الله - أن أقرب القولين إلى الصواب هو القول الثاني القاضي بسقوط الفدية بالجهل والخطأ والنسيان؛ وذلك للأسباب التالية:

أولاً: قوة أدلة هذا القول، لا سيما صريح قوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا﴾[5].

ثانياً: يمكن الإجابة عن أدلة القول الأول بما يلي:

---

(١) تقدم تخريجه صفحة ٣٢٧.

(٢) انظر: المجموع (٣٤٢/٧)، المحلى (٢٣٥/٥).

(٣) انظر: المغني (٣٩٧/٥)، السيل الجرار (١٧٧/٢).

(٤) انظر: المجموع (٣٤٢/٧)، المغني (٣٩٧/٥).

(٥) سورة المائدة، الآية [٩٥].

١- إن قولهم في وجه الاستدلال من الآية: (يحتمل أن يكون المراد متعمدا لقتله ناسيا لإحرامه) «غير صحيح ولا ظاهر؛ لمخالفته ظاهر القرآن بلا دليل. ولأن قوله تعالى: ﴿ لِّيَذُوقَ وَبَالَ أَمْرِهِۦ ﴾ يدل على أنه متعمد ارتكاب المحظور، والناسي للإحرام غير المتعمد لم يرتكب محظوراً»[1]، وعلى هذا يكون الصحيح أن المراد متعمد قتله ذاكر إحرامه.

٢- أما الحديثان فيمكن أن يجاب عنهما من وجهين:

الوجه الأول: إن حديث أبي هريرة ﷺ ضعيف كما سبق في تخريجه[2].

الوجه الثاني: إن حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما عام خصّ بقوله تعالى: ﴿ وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ ﴾[3]، وبهذا ينتفي التعارض بينهما.

٣- أما الأدلة العقلية الأخرى فهي أقيسة فاسدة الاعتبار لمعارضتها للنص.

وبهذا يتبين صحة تقييد القاعدة (لا فرق في ضمان المتلف بين العلم والجهل) بحقوق الآدميين، أما حقوق الله عزّ وجلّ فإنه إن كان المُتلِف عالما وجب عليه الضمان وحلّ عليه الإثم، وإن كان جاهلا سقط عنه الضمان والإثم.

غير أنه يستثنى من حقوق الله إيجاب الكفارة على قاتل المؤمن خطأ لقوله تعالى: ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَـًٔا ۚ وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ ﴾[4][5].

---

(١) مناسك الحج والعمرة (ص٤٦-٤٧). وانظر: بداية المجتهد (١/ ٤١٧).

(٢) في صفحة ٣٣٢.

(٣) سورة المائدة، الآية [٩٥].

(٤) سورة النساء، الآية [٩٢].

(٥) انظر: المحلى (٥/٢٣٦-٢٣٧)، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٢٢٧/٢٥).

المطلب الخامس

من فروع القاعدة

هناك فروع فقهية كثيرة تندرج تحت القاعدة، أذكر منها ما يلي:

١- إذا قدم الغاصب للضيف طعاما مغصوبا ضيافة، فأكله الضيف جاهلاً: فقرار الضمان عليه[١].

٢- إذا أتلف المشتري المبيع قبل القبض جاهلا فإنه يعتبر قابضا له[٢].

٣- إذا خاطب زوجته بالطلاق جاهلا بأنها زوجته، بأن كان في ظلمة، أو نكحها له وليه أو وكيله ولم يعلم: وقع الطلاق[٣].

٤- إذا خاطب أمته بالعتق جاهلا بأنها أمته: وقع العتق[٤].

٥- إذا حلف على شيء بالله أن يفعله، فتركه جاهلاً: لم يحنث على الصحيح[٥].

٦- إذا جامع الصائم امرأته في نهار رمضان جاهلا بالحكم، فإنه لا قضاء عليه ولا كفارة على الصحيح من أقوال العلماء[٦].

٧- إذا قتل المحرم الصيد جاهلا بتحريمه لم تجب عليه الفدية على الصحيح[٧].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٩٢). وانظر: المطلب الرابع: في قاعدة (كل يد ترتبت على يد الغاصب فهي يد ضمان) صفحة ٢٠٣.

(٢) انظر: المرجع السابق.

(٣) انظر: المرجع السابق.

(٤) انظر: المرجع السابق.

(٥) انظر: المرجع السابق. المغني (١٣/ ٤٤٦-٤٤٧).

(٦) انظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٢٥/ ٢٢٦).

(٧) انظر: القواعد والأصول الجامعة (ص ٤٣-٤٤).

٨- إذا اشترى عامل المضاربة عبدا يعتق على رب المال، فإن البيع يصح ويعتق العبد، ويضمن العامل ثمنه لرب المال، سواء علم به أم جهل[(١)].

٩- اتفق الفقهاء على تضمين المتطبب الجاهل، إذا عالج إنسانا أو حيوانا فأتلفه كله أو عضوا منه؛ وذلك لحديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: **(من تطبّب ولا يعلم منه طبّ فهو ضامن)**[(٢)(٣)].

١٠- إذا وضع شخص سيارته عند رجل ادّعى أنه يعرف كيفية إصلاحها، فأفسدها لجهله بإصلاحها: وجب عليه ضمان إفساده لها.

---

(١) انظر: المبدع (٥/٢٣-٢٤).

(٢) أخرجه أبو داود في سننه: كتاب الديات، باب فيمن تطبب بغير علم فأعنت (٤/٧١٠) برقم (٤٥٨٦)، والنسائي في سننه: كتاب القسامة، باب صفة شبه العمد... (٨/٤٢٢-٤٢٣) برقم (٤٨٤٥)، وابن ماجه في سننه: كتاب الطب، باب من تطبب ولم يعلم منه طب (٤/١٠٣) برقم (٣٤٦٦)، والحاكم في المستدرك (٤/٢٣٦)، وصححه الحاكم ووافقه الذهبي، وصححه – أيضا – الألباني في السلسلة الصحيحة (٢/٢٢٨)، وصحيح سنن ابن ماجه (٢/٢٥٧).

(٣) انظر: الدر المختار مع حاشية رد المحتار (٦/٥٦٧)، بداية المجتهد (٢/٥١١)، تبصرة الحكام (٢/٢٤٣)، معالم السنن (٦/٣٧٨-٣٧٩)، شرح السنة (١٠/٣٤١)، المبدع (٥/١١٠)، الروض المربع (١/٦٢٨).

المبحث الثاني

قاعدة: العمد والخطأ في ضمان الأموال سواء

هذه القاعدة إحدى القواعد المهمة المتعلقة بأهلية الضامن، وقد يسر الله لي دراستها في المطالب الآتية:

المطلب الأول

في صيغ القاعدة

ذكر الفقهاء لهذه القاعدة صيغا كثيرة في مواطن ومناسبات عديدة، وفيما يلي ذكر ما وقفت عليه منها مرتبة على المذاهب الفقهية.

أولا: المذهب الحنفي:

١- قال أبو الحسن المرغيناني: «الخطأ في حق العباد غير موضوع»[١].

ثانيا: المذهب المالكي:

١- قال أبو عمر بن عبدالبر[٢]: «الأموال تضمن بالخطأ كما تضمن بالعمد»[٣].

---

(١) الهداية مع فتح القدير (١٥٧/٥). وانظر: المبسوط (١١/١٦).

(٢) هو العلامة الحافظ أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد الله النمري الأندلسي القرطبي، ولد سنة ٣٦٨هـ، سمع من أبي محمد عبد الله بن محمد وإسماعيل الصفار، وتفقه بابن المكوى وابن الفرضي وغيرهما، وحدث عنه أبو محمد بن حزم وأبو عبدالله الحميدي وأبو علي الغساني وغيرهم، له مؤلفات منها: "التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد" و"الاستذكار" و"الاستيعاب في أسماء الصحابة"، توفي سنة ٤٦٣هـ.

انظر: سير أعلام النبلاء (١٨/١٥٣-١٥٥)، البداية والنهاية (١٢/١١١)، شجرة النور الزكية (ص١١٩).

(٣) الكافي لابن عبد البر (ص ٤٠٤)، الاستذكار (٢٢/٢٧١، ٢٨٧).

٢- قال أبو الوليد بن رشد الجد: «أموال الناس تضمن بالعمد والخطأ»[١].

٣- قال أبو العباس القرافي: «العمد والخطأ في أموال الناس سواء»[٢].

٤- قال أبو عبد الله المقري: «العمد والخطأ في ضمان المتلفات سواء»[٣].

٥- جاء في كتاب "المعيار" ما نصه: «تضمن الأموال في العمد والخطأ»[٤].

٦- قال أبو العباس الونشريسي: «التعدي على مال الغير يستوي فيه الجهل والعمد»[٥].

ثالثا: المذهب الشافعي:

١- قال أبو الحسن الماوردي: «العمد والخطأ في الأموال سواء»[٦].

٢- وقال أيضاً: «حكم العمد والخطأ في الأموال سواء»[٧].

٣- وقال أيضاً: «ضمان الأموال يستوي فيه العمد والخطأ»[٨].

٤- وقال أيضاً: «الخطأ في حقوق الأموال كالعمد»[٩].

٥- وقال أيضاً: «العمد والخطأ في ضمان الأموال سواء»[١٠].

---

(١) البيان والتحصيل (٨/٤٨٥).

(٢) الذخيرة (١٢/٢٥٩)، المعيار (٥/٣٤٦)، عدة البروق (ص٦٣٩)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٤٥٧)، حاشية الدسوقي (٣/٤٢٠).

(٣) القواعد للمقري (٢/٦٠٣).

(٤) المعيار (٥/٣٤٦).

(٥) عدة البروق (ص٣٣٥).

(٦) الحاوي (٧/٥٠).

(٧) المرجع السابق (٧/١٧٠).

(٨) المرجع السابق (١٧/٢٧٠).

(٩) المرجع السابق (١٥/٣٠٥).

(١٠) المرجع السابق (٨/٣٥٩).

٦- وقال أيضا: «الضمان يختلف باختلاف التالف دون المتلف»[١].

٧- قال العز بن عبد السلام[٢]: «من وضع يده خطأ على مال غيره لزمه ضمانه إلا الحكام وأمناء الحكام»[٣].

٨- وقال أيضا: «الجوابر لا تتوقف على المآثم»[٤].

رابعا: المذهب الحنبلي:

١- قال أبو علي بن البنا[٥]: «كل حق ضمن بالعمد ضمن بالخطأ»[٦].

٢- قال أبو محمد بن قدامة: «ما ضمن في العمد ضمن في الخطأ»[٧].

---

(١) الحاوي (١٥/١٠٥).

(٢) هو العلامة عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن حسن بن محمد بن مهذب السلمي، الملقب بسلطان العلماء، ولد سنة ٥٧٧هـ أو ٥٧٨هـ، وتفقه على فخر الدين ابن عساكر وغيره، وقرأ الأصول على سيف الدين الآمدي، وسمع الحديث من الحافظ أبي محمد بن عساكر وغيره، روى عنه: ابن دقيق العيد وأبو الحسن الباجي وأبو محمد الدمياطي، من مؤلفاته: "قواعد الأحكام" و"مجاز القرآن" و"مختصر صحيح مسلم"، توفي سنة ٦٦٠هـ.
انظر: طبقات الشافعية لابن السبكي (٨/٢٠٩)، البداية والنهاية (١٣/٢٤٨).

(٣) قواعد الأحكام (٢/٣٢٣).

(٤) المرجع السابق (١/٣٥). وانظر: (١/٢٦٣، ٢/٦).

(٥) هو الفقيه المقرئ أبو علي الحسن بن أحمد بن عبد الله بن البناء البغدادي، قرأ القرآن على أبي الحسن الحمامي وغيره، وسمع الحديث من أبي محمد السكري وغيره، وتفقه بالقاضي أبي يعلى وغيره، سمع منه: ولداه وأبو الحسين ابن الفراء وأبو القاسم السمرقندي، من مؤلفاته: "المقنع في شرح مختصر الخرقي" و"المختار في أصول السنة" و"بيان العيوب التي يجب أن يجتنبها القراء"، توفي سنة ٤٧١هـ.
انظر: طبقات الحنابلة (٢/٢٤٣-٢٤٤)، المقصد الأرشد (١/٣٠٩-٣١١).

(٦) المقنع للبنا (٣/١٠٢٤).

(٧) المغني (١١/٣٢٩).

٣- وقال أيضا: «ما وجب ضمانه في العمد وجب في الخطأ»[١].

٤- وقال أيضا: «الضمان يجب في الخطأ والعمد»[٢].

٥- قال شيخ الإسلام ابن تيمية: «الضمان من باب العدل الواجب في حقوق الآدميين، وهو يجب في العمد والخطأ»[٣].

٦- قال برهان الدين بن مفلح: «الإتلاف لا يختلف ضمانه بالعمد والخطأ»[٤].

٧- قال منصور البهوتي: «الإتلاف يستوي فيه العمد وغيره»[٥].

٨- قال أحمد القاري: «الإتلاف يستوي فيه الخطأ والعمد»[٦]

٩- قال عبدالرحمن السعدي: «الإتلاف يستوي فيه المتعمد والجاهل والناسي»[٧].

خامسا: المذهب الظاهري:

١- قال ابن حزم الظاهري[٨]: «أموال الناس تضمن بالعمد والنسيان»[٩].

---

(١) المغني (١١/٥٦٠).

(٢) المرجع السابق (١٢/٥٠٥).

(٣) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٢٩/٣٢٧).

(٤) المبدع (٥/١١٠).

(٥) كشاف القناع (٣/١٤).

(٦) مجلة الأحكام الشرعية (ص٤٤٦).

(٧) القواعد والأصول الجامعة (ص٤٣).

(٨) هو العلامة الفقيه الحافظ أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، ولد سنة ٣٨٤هـ، وسمع من يحيى بن مسعود وأبي عمر أحمد بن محمد وغيرهما، وحدث عنه: ابنه أبو رافع الفضل وأبو عبد الله الحميدي وغيرهما، ومن مؤلفاته: "المحلى" و"حجة الوداع" و"الإيصال إلى فهم كتاب الخصال"، توفي سنة ٤٥٦هـ.

انظر: سير أعلام النبلاء (١٨/١٨٤)، البداية والنهاية (١٢/٩٨)، شذرات الذهب (٣/٢٩٩).

(٩) المحلى (٦/٩١).

المطلب الثاني

في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة

العمد في اللغة: نقيض الخطأ في القتل وغيره، يقال: (عمدت للشيء عمدا وعمدت إليه وتعمدته) أي: قصدت(١).

وفي اصطلاح الفقهاء: هو أن يقصد المتلف الفعل المحظور ونتيجته(٢).

الخطأ في اللغة: له معنيان:

الأول: من قولهم: (أخطأ يخطئ إخطاء وخطأ فهو مخطئ) إذا لم يتعمد أو لم يصب، ومنه قوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا﴾(٣).

الثاني: من قولهم: (خطأ يخطأ خَطْئا وخِطْئا فهو خاطئ) إذا أذنب أو تعمد الإثم، ومنه قوله تعالى: ﴿إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْـًٔا كَبِيرًا﴾(٤)(٥).

وفي الاصطلاح: هو أن يقصد بفعله شيئا فيصادف فعله غير ما قصده(٦).

---

(١) انظر: معجم مقاييس اللغة (١٣٧/٤)، تهذيب الأسماء واللغات (٤٢/٢/٣)، لسان العرب (٣٠٢/٣)، المصباح المنير (ص ١٦٣).

(٢) انظر: مغني المحتاج (٣/٤)، شرح القواعد الفقهية (ص٤٥٥)، التشريع الجنائي (٤٠٥/١)، نظرية الضمان للزحيلي (ص٣٣٨)، الجناية للدميني (ص٨٩).

(٣) سورة النساء، الآية [٩٢].

(٤) سورة الإسراء، الآية [٣١].

(٥) انظر: الزاهر (ص٤٩١)، تهذيب الأسماء واللغات (٩١/١/٣)، القاموس المحيط (ص ٤٩).

(٦) جامع العلوم والحكم (ص٣٧٣). وانظر: المجموع (٣١٦/٧)، التعريفات (ص٩٩)، التقرير والتحبير (٢٠٤/٢)، كشاف اصطلاحات الفنون (٧٤٧/١)، الموسوعة الجنائية (٢٦١/٢-٢٦٢)، عوارض الأهلية (ص٣٩٦)، الجناية للدميني (ص٩٠).

المطلب الثالث

في المعنى الإجمالي للقاعدة

من أتلف مالا بغير حق وجب عليه ضمانه، سواء أتلفه عمدا أم خطأ[١].

المطلب الرابع

في دراسة القاعدة

يمكن دراسة هذه القاعدة من خلال الفروع الأربعة الآتية.

الفرع الأول: أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة:

اتفق الفقهاء على صحة القاعدة، وهو أن من أتلف مالا من حقوق الآدميين بغير حق، وجب عليه ضمانه، سواء كان عامدا أم مخطئا، وإنما فرقوا بينهما من جهة الإثم، فيأثم العامد دون المخطئ[٢].

---

(١) انظر: القواعد والأصول الجامعة (ص ٤٣)، موسوعة القواعد للبورنو (٤٧/٣)، قواعد الفقه للروكي (ص٢٣٢)، موسوعة القواعد للندوي (٢٧٩/١).

(٢) انظر: المبسوط (١١/١٦)، الهداية مع فتح القدير (١٥٧/٥)، البناية (٤٣٨/٦-٤٣٩)، الاستذكار (٢٧١/٢٢، ٢٧٨)، الكافي لابن عبدالبر (ص ٤٠٤، ٦٠٦)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٣٤٤)، الفروق (٢١٣/١، ٢٠٩/٢)، الذخيرة (٢٥٩/١٢)، القواعد للمقري (٦٠٣/٢)، عدة البروق (ص٣٣٥، ٦٣٩)، حاشية الدسوقي والشرح الكبير (٤٢٠/٣، ٤٥٧)، الأم (١٨٢/٢-١٨٣)، الإشراف لابن المنذر (٥٦٥/٢)، الحاوي (٥٠/٧، ١٧٠، ٣٥٩/٨، ١٠٥/١٥، ٣٠٥، ٢٧٠/١٧)، قواعد الأحكام (٣٥/١، ٢٦٣، ٦/٢، ٢٦٨)، المجموع المذهب بتحقيق محمد صالح فرج (ص٢٥٨)، فتح الباري (١٩١/٥، ٥٥٩/١١)، المقنع للبنا (١٠٢٤/٣)، المغني (٣٢٩/١١، ٥٦٠، ٥٠٥/١٢)، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٣٢٧/٢٩)، إعلام الموقعين (١٥٢/٢)، المبدع (١١٠/٥)، كشاف القناع (١٤/٣)، مجلة الأحكام الشرعية (ص٤٤٦)، القواعد والأصول الجامعة (ص٤٣)، المحلى (٩١/٦، ٤٢٩).

يقول الإمام محمد بن إدريس الشافعي: «ولم أعلم بين المسلمين اختلافا أن ما كان ممنوعا أن يتلف من نفس إنسان أو طائر أو دابة أو غير ذلك مما يجوز ملكه، فأصابه إنسان عمدا، فكان على من أصابه فيه ثمن يؤدى لصاحبه، وكذلك فيما أصاب من ذلك خطأ، لا فرق بين ذلك إلا المأثم في العمد»(١).

ويقول الإمام أبو بكر بن المنذر: «وكل من نحفظ عنه من أهل العلم يقولون: الخطأ والعمد في الجنايات على أموال الناس واحد، يغرمه من أصاب من ذلك شيئا إلا في المأثم، فإن من أخطأ فأتلف شيئا لا مأثم عليه، وعليه الغرم، وإنما يلزم المأثم من علم الشيء فتعمده وأصابه فأتلفه، ولا يفارق أحدا من الجانبين الغرم»(٢).

ويقول العلامة أبو العباس القرافي: «فإن الإجماع منعقد على تعدد الضمان فيما يتعدد الإتلاف فيه، وأن العمد والخطأ في ذلك سواء»(٣).

وهناك أدلة - غير ما ذكرت من الإجماع - من الكتاب والسنة، جعلتها في القسمين التاليين:

القسم الأول: الأدلة الدالة على أن المتلف إذا كان عامدا فإن عليه الإثم والضمان، وإذا كان مخطئا فعليه الضمان فقط:

١ - قال تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾(٤).

---

(١) الأم (٢/١٨٢-١٨٣).

(٢) الإشراف لابن المنذر (٢/٥٦٥).

(٣) الفروق (٢/٢٠٩). وانظر: الذخيرة (١٢/٢٥٩).

(٤) سورة النساء، الآية [٢٩].

وجه الدلالـة: أن الله عـز وجـل نهـى عـن أكل أموال الناس بالباطل، وهذا يوجب عـلى متلفها بغير وجه حق الإثـم والضـمان، دون تفـريق بـين العـامد والمخطئ في ضمان الأموال[١].

٢- عـن أبـي بكـرة رضي الله عنه أن الـنبي ﷺ قال: (إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا)[٢].

وجه الدلالـة: أن الـنبي ﷺ بيّن أن الأمـوال محترمة، وأن إتلافهـا بغـير حق حرام، وهـذا يقتضـي وجـوب الضـمان وحلـول الإثـم عـلى متلفها، مـع عـدم التفريق بين العامد والمخطئ في وجوب ضمان المتلفات[٣].

القسم الثاني: الأدلـة الدالة على رفـع الإثـم عن المتلف المخطـئ:

١- قال تعالى: ﴿ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَآ أَخْطَأْتُم بِهِۦ وَلَٰكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ ﴾[٤].

٢- قال تعالى: ﴿ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَآ إِن نَّسِينَآ أَوْ أَخْطَأْنَا ﴾[٥].

٣- وقـد ثبـت عن النبي ﷺ أن الله تعالى قد استجاب هذا الدعاء، وقال: قد فعلت[٦].

---

(١) انظر: المحلى (٦/٤٢٩-٤٣٠)، البناية (١٠/٢١٣).

(٢) سبق تخريجه صفحة ٨١.

(٣) انظر: المحلى (٦/٤٢٩-٤٣٠)، البناية (١٠/٢١٣).

(٤) سورة الأحزاب، الآية [٥].

(٥) سورة البقرة، الآية [٢٨٦].

(٦) سبق تخريجه صفحة ٣٢٧.

٤- عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: (إن الله عز وجل تجاوز لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)[١].

٥- عن عمرو بن العاص ﷺ أنه سمع رسول الله ﷺ يقول: (إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر)[٢].

وجه الدلالة من هذه الآيات والأحاديث: دلت هذه الآيات الكريمات والأحاديث النبوية الشريفة صراحة على رفع الإثم عن المخطئ.

الفرع الثاني: في تقييد القاعدة:

هذه القاعدة مقيدة بحقوق الآدميين، أما حقوق الله جل وعلا فهناك فرق بين العامد والمخطئ في ضمان المتلفات؛ فمن كان عامدا وجب عليه الضمان وحلّ عليه الإثم، ومن كان مخطئا سقط عنه الضمان والإثم[٣].

وقد سبق أن فصّلت القول في هذا التقييد من حيث أقوال العلماء فيه وأدلتهم والراجح منها في القاعدة التي قبل هذه[٤]؛ فليرجع إليها تلافيا للتكرار.

---

(١) سبق تخريجه صفحة ٣٢٧.

(٢) سبق تخريجه صفحة ٣٢٨.

(٣) انظر: فتح الباري (٥/١٩١، ١١/٥٥٩)، القواعد والأصول الجامعة (ص٤٤)، الإرشاد للسعدي (ص٩٢)، المختارات الجلية ضمن المجموعة الكاملة لمؤلفات الشيخ عبد الرحمن السعدي (٤/٢/١٣٩)، الشرح الممتع (٧/٢٢٧).

(٤) انظر: صفحة ٣٢٨-٣٣٤ من هذا البحث.

الفرع الثالث: في ضمان الناسي[١]:

يأخذ الناسي حكم المخطئ، كما يأخذ الذاكر حكم العامد في الفرعين السابقين[٢]، وقد وجد التنصيص على الناسي في بعض الأدلة السابقة في الفرع الأول؛ فليرجع إليها.

الفرع الرابع: في ضمان الصبي الصغير والمجنون:

اختلف الفقهاء في ضمان المجنون أو الصبي الصغير ما أتلفاه من أموال الناس على قولين:

القول الأول: يجب عليهما ضمان ما أتلفاه من أموال الناس، وهو قول الحنفية[٣]

---

(١) الناسي: من النسيان، ويطلق في اللغة على الغفلة والذهول، كما يطلق على الترك أيضا، والمراد به هنا: أن يكون الرجل ذاكرا الشيء ثم ينساه عند الفعل.
انظر: مختار الصحاح (ص٦٥٨)، المصباح المنير (ص٢٣١)، جامع العلوم والحكم (ص٣٧٣)، كشاف اصطلاحات الفنون (٢/١٦٩٤-١٦٩٥).

(٢) انظر: البناية (١٠/٢١٣)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٥٩-٢٦٠)، الفروق (١/٢١٣، ٢/٢٠٩)، الموافقات (٣/٥٠)، الحاوي (١٥/١٠٥)، قواعد الأحكام (١/٣٥، ٢٦٣، ٢/٦، ٢٦٨)، المجموع (٧/٣١٦)، المجموع المذهب بتحقيق محمد صالح فرج (ص٢٥٨)، المنثور (٣/٢٧٥)، القواعد للحصني (٣/٤١٨)، فتح الباري (٥/١٩١، ١١/٥٥٩)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ١٨٨، ١٩٢)، المغني (٥/١٧٣، ١٧٤، ٣٩١، ٣٩٣)، الشرح الكبير مع المقنع (٨/٣٣٤، ٤٢٠)، الفروع (٣/٣٨٩-٣٩٠)، الإنصاف مع المقنع (٨/٣٣٤-٣٣٥، ٤٢٦، ٤٢٨)، القواعد والأصول الجامعة (ص ٤٣)، الشرح الممتع (٧/٢٢٢-٢٢٤)، المحلى (٦/٩١، ٤٢٩).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٧/١٧١)، الهداية مع فتح القدير (٨/١٩٠)، الاختيار (٢/١١٣)، التقرير والتحبير (٢/١٦٦)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٣٨، ٢٦٥)، شرح المجلة (ص٥٣٩)، درر الحكام (٢/٦٧٠-٦٧١).

والمذهب عند المالكية[(١)] وقول الشافعية[(٢)] والحنابلة[(٣)].

القول الثاني: لا يجب عليهما ضمان ما أتلفه من الأموال، وهو قول عند المالكية[(٤)].

ثم اختلف أصحاب هذا القول في حد السن الذي يضمن فيه إذا كان صغيرا، فقيل: سنة، وقيل: سنتان، وقيل: سنة ونصف، وقيل: شهران، وقيل غير ذلك، إلا أنهم لم يذكروا الخلاف في سقوط الضمان عن ابن شهر[(٥)].

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

---

(١) انظر: الكافي لابن عبد البر (ص ٤٠٤، ٦٠٦)، الفروق (٢١٣/١)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٣٤٥، تقريب الوصول (ص٢٢٨)، القواعد للمقري (٦٠٣/٢)، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي (٢٩٦/٣، ٤٤٣)، منح الجليل (٩١/٦-٩٢).

(٢) انظر: المستصفى (١٥٨/١)، قواعد الأحكام (٣٥/١، ٢٦٣)، المجموع (٣٠٢/٥)، التمهيد للاسنوي (ص١١٦)، البحر المحيط (٣٤٦/١)، القواعد للحصني (٢٧٥/٢) و(٤١٨/٣)، مغني المحتاج (١٢/٤).

(٣) انظر: المغني (٦١١/٦)، روضة الناظر (٢٢١/١)، إعلام الموقعين (١٥٢/٢)، القواعد والفوائد الأصولية (ص١٥)، الإنصاف مع المقنع (٣٥٠/١٣)، شرح الكوكب المنير (٥٠٤/١-٥٠٥).

(٤) انظر: الكافي لابن عبد البر (ص ٤٠٤، ٦٠٦)، الفروق (٢١٣/١)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٣٤٥)، تقريب الوصول (ص٢٢٨)، القواعد للمقري (٦٠٣/٢)، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي (٢٩٦/٣، ٤٤٣)، منح الجليل (٩١/٦-٩٢).

(٥) انظر: الشرح الكبير وحاشية الدسوقي (٤٤٣/٣)، منح الجليل (٩١/٦-٩٢).

١- إن إيجاب الضمان على الصبي الصغير والمجنون مبني على وقوع سبب الضمان منهما، وهو الإتلاف، والإتلاف لا يتوقف على القصد، كالذي يتلف بانقلاب النائم عليه أو بسقوط الحائط المائل(١).

قال الشيخ علي الخفيف: «ذلك لأن الشريعة الإسلامية تجعل الضرر علةً وسبباً للتضمين؛ فإذا وجدت العلة وجد المعلول، والإلزام في ذلك إنما هو من خطاب الوضع لا من خطاب التكليف، ولذا لزم ضمان من لا إدراك له في ماله»(٢).

٢- إن الضمان جابر، والغرض من الجوابر جبر ما فات من المصالح، ولا يشترط في ذلك أن يكون من وجب عليه الجبر آثما، ولذلك شرع الجبر مع الخطأ والعمد والجهل والعلم والذكر والنسيان وعلى المجانين والصبيان(٣).

وفي هذا يقول الشيخ علي الخفيف: «لأن أساس الضمان هو الجبر، لا الجزاء والعقوبة، وأريد بالجبر رفع الضرر، لعموم قوله ﷺ: (لا ضرر ولا ضرار)، ولا شك أن في إتلاف من لا تمييز له مالا لآخر إضرارا به يجب رفعه، ولا سبيل إلى رفعه إلا بإحلال مال مكافئ له محله بدلا عنه، وليس ذلك إلا بأخذه من مال من تسبب فيه، حتى تكون تبعة فعله عليه لا على غيره، ولهذا لم يفرقوا في هذا بين الخاطئ والعامد، والجاد واللاعب، والعاقل والمجنون، والبالغ والصبي»(٤).

---

(١) انظر: الهداية مع فتح القدير (١٩٠/٨)، الاختيار (١١٣/٢)، المستصفى (١٥٨/١)، إعلام الموقعين (١٥٢/٢).

(٢) الضمان في الفقه الإسلامي (٦٨/١).

(٣) انظر: التقرير والتحبير (١٦٦/٢)، الفروق (٢١٣/١)، قواعد الأحكام (٣٥/١، ٢٦٣)، القواعد للحصني (٤١٨/٣).

(٤) الضمان في الفقه الإسلامي (٦٩/١).

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بأن المجنون والصبي الصغير ليسا بمكلفين بتوجيه الخطاب إليهما؛ فكانا كالعجماء جرحها هدر[١].

القول المختار:

الذي يظهر - والعلم عند الله جلّ وعلا - أن أقرب القولين إلى الصواب هو القول الأول، وذلك لما يلي:

١- صحة ما استدل به أصحاب القول الأول.

٢- أما ما استدل به أصحاب القول الثاني فيجاب عنه بأن ضمان المتلفات من قبيل خطاب الوضع، وكلامكم في خطاب التكليف، فلا ينسحب إلى ضمان المتلفات[٢].

المطلب الخامس

من فروع القاعدة

ذكر الفقهاء فروعا كثيرة تندرج تحت القاعدة، من أهمها ما يلي:

أولا: الفروع المتعلقة بحقوق الآدميين:

١- من قتل حيوانا غير صائل، وجب عليه ضمانه لمالكه، سواء كان عامدا أو مخطئا[٣].

---

(١) انظر: الذخيرة (١٢/٢٥٩)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٣٤٥)، الضمان في الفقه الإسلامي (١/٦٩).

(٢) انظر: الموافقات (١/٢٣٧).

(٣) انظر: قوانين الأحكام الشرعية (ص٣٤٤).

٢- من حرَّق ثوبا أو قطعه، وجب عليه الضمان لمالك الثوب، سواء كان عامدا أم مخطئا(١).

٣- من أتلف شجرا لإنسان أو طعاما أو إناء، وجب عليه الضمان لمالكه، سواء كان عمدا أم خطأ(٢).

٤- إذا أوقد نارا في يوم ريح، فأحرقت شيئا، وجب عليه ضمانه لمالكه وإن كان مخطئا(٣).

٥- من قطع وثيقة، فضاع ما فيها من الحقوق؛ وجب عليه ضمانها، سواء فعل ذلك عمداً أم خطأً(٤).

٦- «من ذبح مال غيره بأمره، فنسي أن يسمي الله تعالى، أو تعمد، فهو ضامن مثل الحيوان الذي أفسد لأنه ميتة»(٥).

ثانيا: الفروع المتعلقة بحقوق الله:

١- إذا اجتهد الرجل فدفع الزكاة إلى من يظنه فقيرا، ثم بان له أنه غني، فالصحيح أن ذمته تبرأ ولا يلزمه ضمان تلك الزكاة(٦).

---

(١) انظر: قوانين الأحكام الشرعية (ص٣٤٤).

(٢) انظر: المرجع السابق.

(٣) انظر: المرجع السابق.

(٤) انظر: المرجع السابق.

(٥) المحلى (٦/٩١).

(٦) انظر: الإشراف للقاضي عبد الوهاب (١/٤٢٠)، الشرح الممتع (٦/٢٦٨-٢٧٠).

٢- إذا جامع الرجل زوجته في نهار رمضان ناسيا أو جاهلاً أو مكرهاً، فالصحيح أنه ليس عليه قضاء ولا كفارة[1].

٣- إذا قتل المحرم الصيد جاهلاً به أو مخطئا أو ناسيا؛ فالصحيح أن الفدية تسقط عنه[2].

---

(١) انظر: الشرح الممتع (٦/٤١٤، ٤١٦).

(٢) انظر: الهداية مع فتح القدير (٣/٦)، المعونة (١/٥٣٥)، المجموع (٧/٣١٦، ٣٤١)، المغني (٥/٣٩٦-٣٩٧)، القواعد والأصول الجامعة (ص ٤٣-٤٤)، المحلى (٥/٢٣٤).

الفصل الثاني

القواعد المتعلقة بالمباشر والمتسبب

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: قاعدة: المباشر ضامن وإن لم يتعمد.

المبحث الثاني: قاعدة: المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد.

المبحث الثالث: قاعدة المباشر والمتسبب إذا اجتمعا في الإتلاف فالضمان على المباشر دون المتسبب.

المبحث الرابع: قاعدة يضاف الفعل إلى الفاعل لا إلى الآمر ما لم يكن مجبراً.

المبحث الأول

قاعدة: المباشر ضامن وإن لم يتعمد

الإتلافات التي يجب فيها الضمان إما أن تكون على سبيل المباشرة، وإما أن تكون على سبيل التسبب، وهذه القاعدة تختص بالمتلف المباشر، وسيكون الحديث عنها من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول

في صيغ القاعدة

لم أعثر - بعد البحث والتنقيب - إلا على ثلاث صيغ للقاعدة، هي من نصيب فقهاء المذهب الحنفي، وهي على النحو الآتي:

أولاً: «المباشر ضامن وإن لم يتعمد».

ذكر هذه الصيغة العلامة ابن نجيم الحنفي(١)، ثم تبعه عليها الفقيه ابن غانم البغدادي(٢) وواضعو مجلة الأحكام العدلية(٣).

ثانياً: «يضمن المباشر وإن لم يكن متعدياً».

ذكر هذه الصيغة العلامة ابن نجيم الحنفي(٤).

ثالثاً: «المباشر ضامن وإن لم يتعمد ولم يتعدّ».

ذكر هذه الصيغة الفقيه ابن غانم البغدادي(٥)، ويظهر من هذه الصيغة أنها جمعت بين الصيغتين السابقتين.

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٤٣).

(٢) مجمع الضمانات (١/٣٤٥).

(٣) شرح المجلة (ص٦٠)، درر الحكام (١/٩٣)، شرح القواعد الفقهية (ص٤٠٣).

(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٥٠).

(٥) مجمع الضمانات (١/٣٨١).

المطلب الثاني
في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة

المباشر في اللغة: اسم فاعل من المباشرة، وهي مأخوذة من البشرة، والبشرة ظاهر الجلد، يقال: (باشر الرجل زوجته) إذا تمتع ببشرتها، و(باشر الرجل الأمر) إذا تولاه بنفسه(١).

التعريف الاصطلاحي: ثمة تعاريف كثيرة للمباشر والمباشرة، ذكرها أهل العلم في مؤلفاتهم، وهذه التعاريف تنقسم إلى قسمين، قسم ذكر التعريف على وجه العموم دون أن يقيدها بالإتلاف، والقسم الثاني: قيد التعريف بالإتلاف، فعرّف إتلاف المباشرة، وهذا هو الأكثر، وتفصيل ذلك على النحو الآتي:

القسم الأول: التعاريف التي عرّفت المباشر أو المباشرة دون أن تقيّده بالإتلاف:

١- تعريف الشريف علي الجرجاني(٢) حيث قال: «المباشرة: كون الحركة بدون توسط فعل آخر»(٣).

---

(١) انظر: المصباح المنير (ص ١٩)، القاموس المحيط (ص ٤٤٧-٤٤٨).

(٢) هو الشريف علي بن محمد بن علي الحسيني الجرجاني الحنفي، مشارك في أنواع من العلوم، ولد سنة ٧٤٠، قرأ على مخلص الدين بن أبي الخير وأكمل الدين وغيرهما، له مؤلفات منها: "التعريفات"، و"شرح المفتاح" و"حاشية على شرح التنقيح للتفتازاني"، توفي يوم الأربعاء سنة ٨١٦هـ.

انظر: كشف الظنون (١/ ٤٢٢)، البدر الطالع (١/ ٤٨٨).

(٣) التعريفات (ص١٩٧).

٢- تعريف سليم رستم باز[1] حيث قال: «المباشر: هو الذي يلي الأمر بنفسه»[2].

٣- تعريف الأستاذ مصطفى الزرقا حيث قال: «المباشر: هو الذي يحصل الأثر بفعله»[3].

القسم الثاني: التعاريف التي عرّفت إتلاف المباشرة، مرتبة على الترتيب المذهبي:

١- تعريف العلامة أبو بكر الكاساني، حيث قال: «الإتلاف مباشرة: إيصال الآلة بمحل التلف»[4].

٢- تعريف أبي العباس الحموي، حيث قال: «المباشر: أن يحصل التلف بفعله من غير أن يتخلل بين فعله والتلف فعل مختار»[5].

٣- تعريف مجلة الأحكام العدلية، حيث جاء في المادة (٨٨٧): «الإتلاف مباشرة: هو إتلاف الشيء بالذات»[6].

---

(١) هو سليم بن رستم بن إليان بن طنوس باز النصراني، عالم بالحقوق، ولد في بيروت سنة ١٢٨٥هـ، وتعلم في مدارس لبنان واحترف المحاماة وتقلب في مناصب القضاء، له مؤلفات منها: "شرح مجلة الأحكام العدلية" و"مرقاة الحقوق" وغيرها، توفي سنة ١٣٣٨هـ.

انظر: الأعلام (١١٨/٣)، معجم المؤلفين (٧٧٩/١)، شرح القواعد (ص ٢٨).

(٢) شرح المجلة (ص٦٠).

(٣) المدخل الفقهي للزرقاء (١٠٤٤/٢)، وانظر: تاريخ الفقه الإسلامي لبدران (ص٥٥٧).

(٤) بدائع الصنائع (١٦٥/٧) بتصرف يسير.

(٥) غمز عيون البصائر (٤٦٦/١).

(٦) شرح المجلة (ص٤٨٨)، درر الحكام (٥٠٨/٢).

٤- تعريف سليم رستم باز، حيث قال - موضحا المادة السابقة من مجلة الأحكام العدلية -: «الإتلاف مباشرة: هو إتلاف الشيء بالذات من غير أن يتخلل بين فعل المباشر والتلف فعل آخر»[١].

٥- تعريف علي حيدر[٢]، حيث قال: «الإتلاف مباشرة: أي الإتلاف الذي لا يتخلل بين فعل المباشر وبين تلف المال فعل آخر»[٣]، وقال في موضع آخر: «المباشر: هو الذي يحصل التلف من فعله دون أن يتخلل بينه وبين التلف فعل فاعل آخر»[٤].

٦- تعريف الدكتور وهبة الزحيلي، حيث قال: «المباشر: هو الذي حصل الضرر بفعله بلا واسطة»[٥].

٧- تعريف العلامة أبي العباس القرافي، حيث أطلق عليه اسم (السبب) وعرفه بأنه: «ما يقال عادة حصل الهلاك به من غير توسط»[٦].

---

(١) شرح المجلة (ص٤٨٨).

(٢) هو الأستاذ الجليل القاضي علي حيدر أفندي التركي، مدرس المجلة في كلية الحقوق في الأستانة ورئيس محكمة التمييز وأمين الفتيا ووزير العدلية السابق في الدولة العثمانية، كان يتصف بالأخلاق الحميدة والاستقامة والشجاعة وسمو الأدب، له كتاب "درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية".

انظر: مقدمة كتابه درر الحكام (١/٣-٥).

(٣) درر الحكام (٢/٥٠٨).

(٤) المرجع السابق (١/٩١).

(٥) نظرية الضمان للزحيلي (ص١٨٨، ١٩٦).

(٦) الفروق (٤/٢٧).

٨- تعريف الفقيه أبي حامد الغزالي، حيث قال: «المباشرة: إيجاد علة التلف»(١).

٩- تعريف العلامة عز الدين بن عبد السلام والحافظ أبو سعيد العلائي(٢) حيث قالا: «المباشرة: هي إيجاد علة الهلاك»(٣).

١٠- تعريف العلامة أبي زكريا النووي، حيث قال: «المباشرة: هي الإتيان بما يضاف إليه الهلاك»(٤).

١١- تعريف الخطيب الشربيني، حيث قال: «المباشرة: هي ما يؤثر في الهلاك ويحصله»(٥).

هذا ما تمّ الوقوف عليه من التعريفات، وعند تأملها والنظر فيها يلاحظ عدم الاختلاف فيما بينها في حقيقة الأمر؛ إذ الكل متفق على أن المباشرة لا بدّ أن يكون التلف والأثر فيها ناتجا عن اتصال الفعل بالمحل من دون توسط فعل آخر.

---

(١) الوجيز (١/٢٠٥).

(٢) هو الحافظ المفيد أبو سعيد صلاح الدين خليل بن كيكلدي العلائي، ولد سنة ٦٩٤هـ، سمع من سليمان المقدسي وعيسى المُطعِّم وغيرهما، وتفقه على كمال الدين الزَّملكاني وغيره، درَّس بدمشق في حلقة صاحب حمص، ثم ولي تدريس المدرسة الصلاحية بالقدس، له مؤلفات منها: "المجموع المذهب في قواعد المذهب" و"تنقيح الفهوم في صيغ العموم" و"المراسيل" وغيرها، توفي سنة ٧٦١هـ.

انظر: طبقات الشافعية لابن السبكي (١٠/٣٥)، الدرر الكامنة (٢/٩٠).

(٣) قواعد الأحكام (٢/٢٦٥)، المجموع المذهب بتحقيق محمد صالح فرج (ص٢٧٣).

(٤) روضة الطالبين (٥/٤).

(٥) مغنى المحتاج (٤/٦).

ويتبين هـذا من خلال ضرب الأمثلة التالية: فكسر الإناء يُعَدّ إتلافا مباشراً، وكذلك إحراق الثوب وقطع الشجر وهدم الدور وقتل الحيوان، كلها يعدّ إتلافا مباشرا[١]؛ لأن هذه الأفعال - كالكسر والإحراق والقطع والهدم والقتل - اتصلت بالمحل المتلَف دون دخول واسطة بينهما.

يتعمد: من العمد، وقد سبق تعريفه، وملخصه: أنه في اللغة: نقيض الخطأ[٢].

وفي اصطلاح الفقهاء: هو أن يقصد المتلِف الفعل المحظور ونتيجته[٣].

المطلب الثالث

في المعنى الإجمالي للقاعدة

وهو أن من باشر إتلافاً - بأي طريقة كانت - فإنه يضمن التلف الذي يتولد عن فعله، سواء كان عن قصد منه أم لم يكن[٤].

المطلب الرابع

في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة

يتجلى ذلك من خلال الفروع الآتية:

---

(١) انظر: درر الحكام (١/٩٣-٩٤)، قوانين الأحكام الشرعية (ص٣٤٤)، قواعد الأحكام (٢/٢٦٥)، تقرير القواعد (٢/٣١٦).

(٢) انظر: معجم مقاييس اللغة (٤/١٣٧)، تهذيب الأسماء واللغات (٣/٢/٤٢).

(٣) انظر: مغني المحتاج (٤/٣)، شرح القواعد الفقهية (ص٤٥٥)، التشريع الجنائي (١/٤٠٥)، نظرية الضمان للزحيلي (ص٣٣٨)، الجناية للدميني (ص٨٩).

(٤) انظر: درر الحكام (١/٩٣)، شرح المجلة (ص٦٠)، المدخل الفقهي للزرقاء (٢/١٠٤٥).

الفرع الأول: في مباشرة الإتلاف:

اتفق فقهاء الحنفية[١] والمالكية[٢] والشافعية[٣] والحنابلة[٤] على أن من باشر إتلافا لمال - بأي طريقة كانت - فإنه يضمن الضرر الذي تولد عن فعله[٥].

واستدلوا على ذلك بما يلي:

١ - قال تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾[٦].

وجه الدلالة: دلت الآية الكريمة على أن من اعتدى على مال غيره فباشر إتلافه، فإن لصاحب المال أن يأخذ منه بدله[٧].

٢ - عن أنس ﷺ أن النبي ﷺ كان عند بعض نسائه، فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين مع خادم بقصعة فيها طعام، فضربت بيدها فكسرت القصعة،

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (١٦٥/٧)، تبيين الحقائق (١٤٩/٦)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٤٣، ٢٥٠)، مجمع الضمانات (٣٤٥/١، ٣٨١)، شرح المجلة (ص٦٠)، درر الحكام (٩٣/١)، شرح القواعد (ص ٤٠٣).

(٢) انظر: بداية المجتهد (٣٨٦/٢)، الفروق (٢٠٦/٢، ٢٧/٤)، ترتيب الفروق (١٨٨/٢)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٣٤٤)، شرح المنهج المنتخب (ص٥٣٤).

(٣) انظر: العزيز (٣٩٨/٥)، قواعد الأحكام (٢٦٥/٢)، المنثور (٣٢٢/٢-٣٢٣)، القواعد للحصني (٤٢٢/٣)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٣٦٢).

(٤) انظر: تقرير القواعد (٣١٦/٢)، الإقناع (٥٩١/٢)، القواعد والأصول الجامعة (ص٤٣)، تحفة أهل الطلب (ص ١٠٥)، الإرشاد للسعدي (ص١٤٨).

(٥) انظر: الضمان في الفقه الإسلامي (٧٤/١).

(٦) سورة البقرة، الآية [١٩٤].

(٧) انظر: تيسير الكريم الرحمن (ص ٨٩).

فضمها وجعل فيها الطعام، وقال: كلوا، وحبس الرسول والقصعة حتى فرغوا، فدفع القصعة الصحيحة وحبس المكسورة. وفي لفظ آخر أنه قال: (طعام بطعام، وإناء بإناء)[1].

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ أوجب الضمان على من باشر كسر الإناء.

٣- عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: (لا ضرر ولا ضرار)[2].

وجه الدلالة: نهى النبي ﷺ عن الضرر بالآخرين والإضرار بهم، وهذا يدل بمفهومه على أن من باشر إتلافا فإنه يضمنه تعويضا لضرره.

٤- نقل القاضي أبو عبدالله المقري الاتفاق على وجوب الضمان على المتلف المباشر، وهذا نص كلامه: «قاعدة: تقدم أن أسباب الضمان ثلاثة: الإتلاف والتسبب ووضع اليد غير المؤتمنة... وعلى هذه القاعدة تتخرج فروع الضمان، وهي متفق عليها»[3].

الفرع الثاني: في عدم اشتراط التعمد في وجوب الضمان على المتلف المباشر:

سبق ذكر اتفاق الفقهاء على عدم اشتراط التعمد في وجوب الضمان على من باشر إتلاف مال الآدمي بغير حق، وأن العمد والخطأ في أموال الناس

---

(١) تقدم تخريجه صفحة ٧١.

(٢) تقدم تخريجه صفحة ٨٤.

(٣) القواعد (خ١٤٠) بواسطة شرح المنهج المنتخب (ص ٥٣٥).

سواء، وإنما فرقوا بينهما من جهة الإثم؛ فيأثم العامد دون المخطئ[١].

يقول الإمام محمد بن إدريس الشافعي: «ولم أعلم بين المسلمين اختلافا أن ما كان ممنوعا أن يتلف من نفس إنسان أو طائر أو دابة أو غير ذلك مما يجوز ملكه، فأصابه إنسان عمدا، فكان على من أصابه فيه ثمن يؤدى لصاحبه، وكذلك فيما أصاب من ذلك خطأ، لا فرق بين ذلك إلا المأثم في العمد»[٢].

وقال الإمام أبو بكر بن المنذر: «وكل من نحفظ عنه من أهل العلم يقولون: الخطأ والعمد في الجنايات على أموال الناس واحد، يغرمه من أصاب من ذلك شيئاً إلا في المأثم، فإن من أخطأ فأتلف شيئاً لا مأثم عليه، وعليه الغرم، وإنما يلزم المأثم من علم الشيء فتعمده وأصابه فأتلفه، ولا يفارق أحداً من الجانبين الغرم»[٣].

---

(١) انظر: المبسوط (١١/١٦)، الهداية مع فتح القدير (١٥٧/٥)، البناية (٤٣٨/٦-٤٣٩)، الاستذكار (٢٧١/٢٢، ٢٨٧)، الكافي لابن عبد البر (ص ٤٠٤، ٦٠٦)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٣٤٤)، الفروق (٢١٣/١، ٢٠٩/٢)، الذخيرة (٢٥٩/١٢)، القواعد للمقري (٦٠٣/٢)، عدة البروق (ص٣٣٥، ٦٣٩)، حاشية الدسوقي والشرح الكبير (٤٢٠/٣، ٤٥٧)، الأم (١٨٢/٢-١٨٣)، الإشراف لابن المنذر (٥٦٥/٢)، الحاوي [(٥٠/٧، ١٧٠)، (٣٥٩/٨)، (١٠٥/١٥، ٣٠٥)، (٢٧٠/١٧)]، قواعد الأحكام [(٣٥/١، ٢٦٣)، (٦/٢، ٢٦٨)]، المجموع المذهب بتحقيق محمد صالح فرج (ص٢٥٨)، فتح الباري (١٩١/٥، ٥٥٩/١١)، المقنع لابن البنا (١٠٢٤/٣)، المغني [(٣٢٩/١١، ٥٦٠) و(٥٠٥/١٢)]، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٣٢٧/٢٩)، إعلام الموقعين (١٥٢/٢)، المبدع (١١٠/٥)، كشاف القناع (١٤/٣)، مجلة الأحكام الشرعية (ص٤٤٦)، القواعد والأصول الجامعة (ص ٤٣)، المحلى (٩١/٦، ٤٢٩).

(٢) الأم (١٨٢/٢-١٨٣).

(٣) الإشراف لابن المنذر (٥٦٥/٢).

ويقول العلامة أبو العباس القرافي: «فإن الإجماع منعقد على تعدد الضمان فيما يتعدد الإتلاف فيه، وأن العمد والخطأ في ذلك سواء»[1].

وثمة أدلة أخرى - غير ما ذكرت من الإجماع - من الكتاب والسنة، ذكرتها في قاعدة (العمد والخطأ في ضمان الأموال سواء)، فليرجع إليها هناك تلافيا للتكرار[2].

على أن هذا الكلام مقيد فيما إذا كان التلف لاحقا بحقوق الآدميين، أما إذا كان في حقوق الله جلّ وعلا فإن هناك فرقا بين المتلف العامد والمخطئ في الضمان، فمن كان عامدا وجب عليه الضمان وحلّ عليه الإثم، ومن كان مخطئا سقط عنه الضمان والإثم[3].

وقد سبق أن فصّلت القول في هذا التقييد من حيث أقوال العلماء فيه وأدلتهم والراجح منها في قاعدة «لا فرق في ضمان المتلف بين العلم والجهل»[4]، فأغنى عن ذكرها هنا.

الفرع الثالث: في هل يشترط التعدي في وجوب الضمان على المتلف المباشر؟:

ذهب جماعة من الفقهاء إلى عدم اشتراط التعدي في وجوب الضمان على

---

(١) الفروق (٢/٢٠٩). وانظر: الذخيرة (١٢/٢٥٩).

(٢) كما في صفحة ٢٨٧.

(٣) انظر: فتح الباري (٥/١٩١، ١١/٥٥٩)، القواعد والأصول الجامعة (ص ٤٤)، الإرشاد للسعدي (ص٩٢)، المختارات الجلية ضمن المجموعة الكاملة لمؤلفات الشيخ عبد الرحمن السعدي (٤/٢/١٣٩)، الشرح الممتع (٧/٢٢٧).

(٤) كما في صفحة ٣٢٨-٣٣٤.

المتلف المباشر، وفي هذا يقول المحدث أبو محمد الزيلعي[١]: «... وغيره تسبيب، وفيه يشترط التعدي، فصار كحفر البئر في ملكه، وفي المباشرة لا يشترط»[٢].

وقال الفقيه ابن نجيم الحنفي: «يضمن المباشر وإن لم يكن متعدياً»[٣].

وقال ابن غانم البغدادي: «المباشر ضامن وإن لم يتعمد ولم يتعد»[٤].

وقال علي حيدر في شرحه للقاعدة: «أي أنه سواء تعمد المباشر إتلاف مال الغير أم لم يتعمد يكون ضامنا، والفرق بينه وبين المتسبب هو أنه يشترط لضمان المتسبب أن يكون متعديا، والمباشر يضمن على حالين كما أسلفنا، والسبب في ذلك أن المباشرة هي علة مستقلة وسبب للتلف قائم بذاته، فلا يجوز إسقاط حكمها بداعي عدم التعمد»[٥].

وقال الأستاذ علي الخفيف: «فإذا كان الضرر نتيجة مباشرة لفعل، ألزم من أحدثه الضمان اتفاقا، سواء أكان من أحدثه معتديا فيه أو غير معتد»[٦].

وقال الدكتور وهبة الزحيلي: «وفي المباشرة لا يشترط التعدي»[٧].

---

(١) هو الفقيه أبو محمد عثمان بن علي بن محجن بن يونس الزيلعي الصوفي البارعي، قدم القاهرة سنة ٧٠٥هـ، فدرّس وأفتى، كان مشهورا بمعرفة الفقه والنحو والفرائض، له مصنفات منها: "تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق" و"بركة الكلام على أحاديث الأحكام" و"شرح الجامع الكبير للشيباني" وغيرها. توفي في رمضان سنة ٧٤٣هـ.

انظر: الجواهر المضية (٥١٩/٢)، تاج التراجم (ص٢٠٤)، هدية العارفين (٦٥٥/٥).

(٢) تبيين الحقائق (١٤٩/٦).

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٥٠).

(٤) مجمع الضمانات (٣٨١/١).

(٥) درر الحكام (٩٣/١).

(٦) الضمان في الفقه الإسلامي (٧٤/١، ٨٣).

(٧) نظرية الضمان للزحيلي (ص١٩٦).

وأما تعليلهم في ذلك، فقد قال علي حيدر: «والسبب في ذلك أن المباشرة هي علة مستقلة وسبب للتلف قائم بذاته، فلا يجوز إسقاط حكمها بداعي عدم التعمد»[١]، بينما علّل الأستاذ علي الخفيف ذلك بـ«أنه عند المباشرة تظهر بجلاء سببية الفعل للضرر دون نظر إلى فاعله وقصده، فوجب إلزامه بما يرفع هذا الضرر، لانتسابه إليه وإحداثه إياه»[٢].

وذهب فريق آخر إلى اشتراط التعدي في وجوب الضمان على المتلف المباشر، وفي ذلك يقول الشيخ أحمد الزرقا في شرحه للقاعدة: «(المباشر) للفعل، وقد تقدم بيانه في القاعدة /٨٩/، (ضامن) لما تلف بفعله إذا كان متعديا فيه»[٣].

وقال ابنه الأستاذ مصطفى الزرقا: «فالفروع الفقهية تفيد أن كلاً من المباشرة والتسبب لضرر الغير موجب للضمان متى وجد التعدي»[٤].

وقال الدكتور محمد سراج: «وبهذا فإن التعدي شرط في الإتلاف للضمان، سواء كان هذا التعدي راجعا إلى قصد الإضرار أو إلى التقصير والإهمال»[٥].

وعند النظر في هذين القولين والتأمل فيهما، يظهر أنه لا خلاف بينهما، ذلك أن معنى التعدي المراد في القول الأول يختلف عنه في القول الثاني.

---

(١) درر الحكام (١/٩٣).

(٢) الضمان في الفقه الإسلامي (١/٨٣).

(٣) شرح القواعد الفقهية (ص٤٥٣، ٤٥٤).

(٤) المدخل الفقهي للزرقا (٢/١٠٤٦).

(٥) ضمان العدوان (ص٢٤٢).

وقد بيّن ذلك الأستاذ مصطفى الزرقا - رحمه الله - قائلا : «وأما التعدي فيستعمل في معنيين يجب التميز بينهما، وتحديد أي منهما هو المراد في هذا المقام:

* فالمعنى الأول للتعدي هو المجاوزة الفعلية إلى حق الغير أو ملكه المعصوم.

* والمعنى الثاني الذي قد يعبر عنه بالتعدي هو العمل المحظور في ذاته شرعاً، بقطع النظر عن كونه متجاوزا على حدود الغير أم لا.

فالتعدي بالمعنى الأول (التجاوز) هو المقصود هنا في هذا المقام، وهو شرط أساسي في مسئولية كل من المباشر والمتسبب على سواء.

ولا يشترط لمسئولية المتعدي بهذا المعنى - مباشرا كان أو متسببا - أن يكون متعمدا، أي: قاصدا للإضرار، بل يستوي عند وجوب التعدي الخطأ والعمد.

أما المعنى الثاني للتعدي (وهو العمل المحظور شرعا) فليس بشرط للمسئولية في كل من المباشر والمتسبب، بعد توافر التعدي بمعنى التجاوز إلى حق الغير أو ماله المعصوم.

فقد يتحقق التعدي بهذا المعنى، ولا يكون الفعل محظوراً شرعاً، بل قد يكون واجباً ويثبت معه الضمان»[1].

وإن هذا التميز الذي ذكره الأستاذ مصطفى الزرقا جيد وواضح، وبه يرتفع التعارض بين من اشترط التعدي لوجوب الضمان على المتلف المباشر ومن لم يشترطه[2].

وحينما نظرت في كلام الذين لم يشترطوا التعدي في وجوب الضمان على المتلف المباشر، وجدت أنهم يريدون بالتعدي أحد أمرين:

---

(١) الفعل الضار (ص٧٨-٧٩).

(٢) انظر: بحوث في قضايا فقهية (ص٢٩٦)، ضمان العدوان (ص٢٤٢).

الأمر الأول: ما ذكره الأستاذ مصطفى الزرقا، وهو العمل المحظور في ذاته شرعا، ويظهر مرادهم هذا من خلال الأمثلة التي ذكروها، ومنها: لو تطايرت شرارة من دكّان حدّاد، وهو يطرق الحديد، فحرقت لباس إنسان، لزمه ضمانه، وكذلك لو دخل شخص حانوت بقال فزلقت رجله، فسقط على إناء عسل فكسره، فإنه يضمن[1].

الأمر الثاني: التعمد، ويظهر مرادهم من خلال الآتي:

أولاً: ذكرهم للتعدي في مقابلة عدم التعمد، كما في قول علي حيدر: «والفرق بينه وبين المتسبب هو أنه يشترط لضمان المتسبب أن يكون متعديا، والمباشر يضمن على حالين كما أسلفنا، والسبب في ذلك أن المباشرة هي علة مستقلة وسبب للتلف قائم بذاته، فلا يجوز إسقاط حكمها بداعي عدم التعمد»[2].

ثانياً: الأمثلة التي ذكروها، ومنها: أن المجنون يضمن في ماله ما أتلفه بفعله، وكذلك الصبي، والنائم إذا انقلب على مال فأتلفه[3].

وأما من اشترط التعدي فإنما أراد المعنى الأول الذي ذكره الأستاذ مصطفى الزرقا، وهو «المجاوزة الفعلية إلى حق الغير أو ملكه المعصوم»، كما يظهر من أمثلتهم التي ضربوها، ومنها: لو سقط من ظهر الحمال شيء فأتلف مال أحد ضمن الحمال، وكذلك لو أتلف إنسان مال غيره يظنه مال نفسه فإنه يضمن[4].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٥٠)، مجمع الضمانات (١/٣٨١)، درر الحكام (١/٩٣-٩٤)، نظرية الزحيلي (ص١٩٦-١٩٨).

(٢) درر الحكام (١/٩٣).

(٣) انظر: الضمان في الفقه الإسلامي (١/٧٤).

(٤) انظر: شرح القواعد الفقهية (ص٤٥٣)، الفعل الضار (ص٧٩-٨٠).

الفرع الرابع: في بيان خطأ لفظي في بعض صيغ القاعدة:

جاء في بعض صيغ القاعدة لفظ «وإن لم يتعمد»، وحيث إن التعمد ليس بشرط في وجوب الضمان على المتلف المباشر أو المتسبب، فلا داعي لنفيه في صيغة القاعدة.

قال الأستاذ مصطفى الزرقا: «والواقع أن التعمد (بمعنى ضد الخطأ) ليس شرطا لضمان المتسبب ولا لضمان المباشر، فلا ينبغي تخصيص المباشر فقط بنفي اشتراط التعمد فيه»(١).

ويقول الدكتور وهبة الزحيلي: «والأصح أن يقال في هذه القاعدة: (وإن لم يتعد)؛ إذ لا عبرة للقصد الجنائي في ضمان الأموال، وان الخطأ والعمد فيها سواء، ولذا فيلزم بالتضمين من لا قصد له كالصبي والمجنون؛ إذ لا يتصور منهما قصد ولا عمد»(٢).

الفرع الخامس: في شروط القاعدة:

يشترط لإيجاب الضمان على المتلف المباشر ما يأتي:

١- أن يكون المتلف مباشرا للضرر دون أن يتوسط بينهما فعل آخر يتسبب عنه الضرر، وذلك كما بينته في الفرع الأول.

أما إذا كان المتلف متسببا فهذا سيكون بحثه في القاعدة الثانية من هذا الفصل - إن شاء الله تعالى -.

---

(١) الفعل الضار (ص٧٨). وانظر: المدخل الفقهي للزرقا (١٠٤٦/٢).

(٢) نظرية الضمان للزحيلي (ص١٩٦). وانظر: نظرية الضمان لمحمد فوزي (ص٢١٣)، ضمان العدوان (ص١٠٢-١٠٣، ٢٤٧)، بحوث في قضايا فقهية (ص٢٩٤).

وأما إذا توسط بين فعل المباشر والضرر فعل آخر فهذا سيكون بحثه في القاعدة الثالثة من هذا الفصل - إن شاء الله تعالى -.

٢- أن يكون المتلف المباشر متعديا في إتلافه، والمراد بالتعدي هنا: المجاوزة الفعلية إلى حق الغير أو ملكه المعصوم، كما أوضحته في الفرع الثالث.

ومن التعدي: ألا يكون الفعل مما أذن فيه الشارع أو المالك، وسيأتي -إن شاء الله- مزيد بيان لهذه المسألة في قاعدة (الجواز الشرعي ينافي الضمان)[(١)]، وقاعدة (إذن المالك في التصرفات يسقط الضمان)[(٢)].

الفرع السادس: في تعدد المباشرين:

إذا اشترك أكثر من واحد في مباشرة التلف؛ تحمّل كل واحد من المباشرين الضمان بحسب نسبة تأثيره في الضرر، وإذا استووا في نسبة التأثير أو لم تعرف نسبة أثر كل واحد منهم فالضمان منقسم عليهم بالتساوي[(٣)].

المطلب الخامس

من فروع القاعدة

تندرج تحت القاعدة فروع كثيرة، منها ما يأتي:

---

(١) كما في صفحة ٥٧١.

(٢) كما في صفحة ٥٨٥.

(٣) انظر: مصنف عبدالرزاق (١٠/٥١)، بدائع الصنائع (٧/٢٧٥، ٢٨٠)، مجمع الضمانات (١/٣٥٧)، مواهب الجليل (٦/٣١٦)، روضة الطالبين (٩/٣٢٥)، المغني [(١٢/٨٩)، (١٤/٢٥١)]، إعلام الموقعين (٢/٣٩)، تقرير القواعد (١/٢١٢-٢١٩)، شرح منتهى الإرادات (٢/٤٢٩-٤٣٠)، المحلى (١١/١٠٧-١٠٨)، مجلة البحوث الإسلامية (٢٦/٧٦)، قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي (ص ١٦٤).

١ - إذا أتلف أحد مال غيره الذي في يده أو في يد أمينة قصدا أو من غير قصد، فإنه يكون ضامنا[١].

٢- إذا دخل شخص حانوت بقال، فزلقت رجله فسقط على إناء عسل فكسره، فإنه يضمن[٢].

٣- إذا تطايرت شرارة من دكان حداد وهو يطرق الحديد، فحرقت لباس إنسان، لزمه ضمانه[٣].

٤- إذا تطايرت قطعة حطب، والحطاب يكسر الحطب، فكسرت زجاج نافذة دار الجار، يكون الحطاب ضامنا[٤].

٥- إذا أطلق شخص عيارا نارياً فأتلف مالاً لآخر، لزمه الضمان[٥].

٦- إذا استأجر شخص إنسانا لأن يهدم له حائطا، فوقع من الحائط حجر فأصاب شخصا، فتجب الدية على العامل[٦].

٧- إذا أتلف إنسان مال غيره يظنه مال نفسه، فإنه يضمن[٧].

---

(١) انظر: درر الحكام (١/ ٩٣)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٣٤٤).

(٢) انظر: المرجعين السابقين، وشرح القواعد الفقهية (ص٤٥٣).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٥٠)، مجمع الضمانات (١/ ٣٧٣)، درر الحكام (١/ ٩٤)، شرح القواعد الفقهية (ص٤٥٣)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٣٤٤)، العزيز (٥/ ٣٩٩)، القواعد للحصني (٣/ ٤٢٢)، تقرير القواعد (١/ ٣١٦).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٥٠)، درر الحكام (١/ ٩٤)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٣٤٤).

(٥) انظر: درر الحكام (١/ ٩٤)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٣٤٤).

(٦) انظر: درر الحكام (١/ ٩٤)، العزيز (٥/ ٣٩٩)، تقرير القواعد (١/ ٣١٦).

(٧) انظر: شرح القواعد الفقهية (ص٤٥٣)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٣٤٤).

٨- لو سقط من ظهر الحمال شيء، فأتلف مال أحد، لزم الحمال الضمان(١).

٩- إذا انقلب نائم أو صغير على مال لغيره فأتلفه، فإنه يضمن(٢).

١٠- إذا رمى سهماً إلى هدف في ملكه، فتجاوزه وأتلف شيئاً لغيره، لزمه الضمان(٣).

١١- إذا حرق صك رجل أو دفتر حسابه، وجب عليه ضمانه(٤).

١٢- إذا صدمت سيارة سائرة سيارة واقفة في ملك صاحبها أو خارج طريق السيارات أو على جانب طريق واسع؛ ضمن سائق السائرة ما تلف في الواقفة من نفس ومال بصدمته؛ لأنه باشر الإتلاف(٥).

(١) انظر: شرح القواعد الفقهية (ص٤٥٣).

(٢) انظر: المرجع السابق، ومجمع الضمانات (١/٣٤٥).

(٣) انظر: مجمع الضمانات (١/٣٤٥).

(٤) انظر: المرجع السابق (١/٣٤٦).

(٥) انظر: مجلة البحوث الإسلامية (٢٦/٥٤، ٧٦)، قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي (ص ١٦٣-١٦٤).

المبحث الثاني

قاعدة: المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد

ذكرت - فيما سبق - أن الإتلافات التي يجب فيها الضمان إما أن تكون على سبيل المباشرة، وإما أن تكون على سبيل التسبب، وقد تناولت في القاعدة السابقة الحديث عن المتلف المباشر، وفي هذه القاعدة سأتناول الحديث عن المتلف المتسبب، وذلك في المطالب التالية:

المطلب الأول

في صيغ القاعدة

لقد اهتم علماؤنا بهذه القاعدة اهتماما كبيرا، وذكروا لها النصوص الفقهية والصيغ الكلية، وقد كان لفقهاء الحنفية النصيب الأوفر في الاهتمام بهذه القاعدة والعناية بها، وبعد البحث والتنقيب يسّر الله لي الوقوف على طائفة من هذه الصيغ والنصوص الفقهية، أذكرها مرتبة حسب الترتيب المذهبي:

أولاً: المذهب الحنفي:

١- قال أبو بكر الجصاص[(١)]: «كل من صحّت شهادته لزمه الضمان عند الرجوع»[(٢)].

---

(١) هو العلامة المفتي أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، ولد سنة ٣٠٥هـ، وسمع الحديث من أبي العباس الأصم وأبي القاسم الطبراني، وتفقه على أبي الحسن الكرخي، وتخرج به علماء ببغداد، وإليه المنتهى في معرفة المذهب، ومن مؤلفاته: "أحكام القرآن" و"شرح مختصر الطحاوي" و"شرح الجامع الكبير لمحمد بن الحسن"، توفي سنة ٣٧٠هـ.

انظر: سير أعلام النبلاء (١٦/٣٤٠)، البداية والنهاية (١١/٣١٧)، الجواهر المضية (١/٢٢٠-٢٢٤).

(٢) أحكام القرآن للجصاص (١/٤٩٧).

مثاله: أن يشهد رجلان عند القاضي أن عبد محمد سرق مال خالد، فيأمر القاضي بقطع يد العبد، ثم يرجع الشاهدان في شهادتهما، فهنا يجب على الشاهدين ضمان يد العبد لسيده؛ لأنهما تسببا في إتلاف يده بشهادتهما.

٢- قال أبو بكر السرخسي: «الإتلاف الحكمي في حكم الضمان كالإتلاف الحقيقي»[١].

ومراده بالإتلاف الحكمي الإتلاف بالتسبب، وبالإتلاف الحقيقي الإتلاف بالمباشرة، كما يعرف من سباق الكلام وسياقه[٢].

٣- وقال أبو بكر السرخسي أيضا: «الإتلاف المسبب إذا كان متعديا يجعل كالمباشر في حكم الضمان»[٣].

٤- وقال أيضا: «التسبب إذا كان تعديا يكون موجبا للضمان»[٤].

٥- وقال أيضا: «السبب متى كان بطريق التعدي فهو كالمباشرة في إيجاب الضمان»[٥].

٦- وقال أيضا: «المسبب إذا لم يكن متعديا لا يكون ضامنا»[٦].

٧- قال قاضيخان: «التسبيب بصفة التعدي ملحق بالمباشرة في إيجاب الضمان عليه»[٧].

---

(١) المبسوط (١٨٢/٢٦).

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق (٥٤/١١).

(٤) المرجع السابق (٨٨/٤).

(٥) المرجع السابق (١٧٧/٢٠).

(٦) المرجع السابق (٢٢/٢٧).

(٧) شرح الزيادات (ص٢١٥٥-٢١٥٦) بواسطة موسوعة القواعد للندوي (٣٤٢/١).

٨- قال أبو الحسن المرغيناني: «التسبيب بوصف التعدي سبب للضمان»[١].

٩- قال محمود العيني: «التسبب بطريق التعدي من أسباب الضمان»[٢].

١٠- قال ابن نجيم: «المباشر ضامن وإن لم يتعمد، والمتسبب لا، إلا إذا كان متعمداً»[٣].

١١- قال ابن غانم البغدادي: «المباشر ضامن وإن لم يتعمد، والمتسبب لا إلا إذا كان متعدياً»[٤].

١٢- وقال ابن غانم البغدادي أيضا: «المتسبب لا يضمن إلا أن يتعدى»[٥].

١٣- قال ابن عابدين[٦]: «المتسبب ضامن إذا كان متعدياً»[٧].

١٤- جاء في مجلة الأحكام العدلية ما نصه: «المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد»[٨].

---

(١) الهداية مع البناية (١٢/ ٣٢٩).

(٢) البناية (١٢/ ٢٨٦-٢٨٧).

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٤٣).

(٤) مجمع الضمانات (١/ ٣٤٥).

(٥) المرجع السابق (١/ ٣٨١).

(٦) هو الفقيه المفتي محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن أحمد الدمشقي الحنفي الشهير بابن عابدين، فقيه أصولي، ولد سنة ١١٩٨هـ، قرأ على سعيد الحموي وشاكر العقاد، ومن مؤلفاته: "رد المحتار على الدر المختار" و"وعقود رسم المفتي" و"الإبانة عن أخذ الأجرة على الحضانة"، توفي سنة ١٢٥٢هـ.

انظر: هدية العارفين (٦/ ٣٦٧)، إيضاح المكنون (٣/ ٧)، معجم المؤلفين (٣/ ١٤٥).

(٧) حاشية رد المحتار (٥/ ٣٨٦).

(٨) شرح المجلة (ص ٦٠)، درر الحكام (١/ ٩٤)، شرح القواعد الفقهية (ص ٤٥٥).

١٥- قال محمود حمزة: «كل مسبب لم يطرأ عليه مباشر كان عليه الضمان»[١].

١٦- وقال محمود حمزة أيضا: «يضاف الفعل إلى المسبب إن لم يتخلل واسطة»[٢].

ثانياً: المذهب الشافعي:

قال أبو الحسن الماوردي: «كل إتلاف ضمن بالمباشرة ضمن بالشهادة»[٣].

ثالثاً: المذهب الحنبلي:

١- قال أبو محمد ابن قدامة: «يجب الضمان بالسبب كما يجب بالمباشرة»[٤].

٢- وقال أبو محمد ابن قدامة أيضا: «كل موضع وجب الضمان على الشهود بالرجوع فإنه يوزع بينهم على عددهم»[٥].

٣- وقال ابن قيم الجوزية: «إتلاف المتسبب كإتلاف المباشر في أصل الضمان»[٦].

٤- وقال ابن قيم الجوزية أيضا: «من تسبب إلى إتلاف مال غيره وجب عليه ضمانه»[٧].

---

(١) الفرائد البهية (ص١٣١).

(٢) المرجع السابق (ص٢١٠).

(٣) الحاوي (١٧/٢٥٧).

(٤) المغني (١٢/٨٨).

(٥) المرجع السابق (١٤/٢٥١).

(٦) إعلام الموقعين (٢/٤٦).

(٧) الطرق الحكمية (ص١٢٦).

المطلب الثاني

في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة

المتسبب في اللغة: اسم فاعل من التسبب، والسبب هو عبارة عن كل شيء يتوصل به إلى غيره، ومنه سمي كل من الحبل والباب والحياة سببا[1].

التعريف الاصطلاحي: ذكر الفقهاء تعريفات كثيرة لمصطلح التسبب والمتسبب، أذكر أهمّ ما وقفت عليه منها مرتبة حسب الترتيب المذهبي.

أولاً: المذهب الحنفي:

١- قال أبو بكر الكاساني في تعريفه: «التسبب: الفعل في محل يفضي إلى تلف غيره عادة»[2].

٢- قال أبو العباس الحموي في تعريفه: «حد المتسبب: هو الذي حصل التلف بفعله وتخلل بين فعله والتلف فعل مختار»[3].

٣- جاء تعريفه في مجلة الأحكام العدلية: «الإتلاف تسببا: هو التسبب لتلف شيء، يعني: إحداث أمر في شيء يفضي إلى تلف شيء آخر على جري العادة»[4].

٤- قال مصطفى الزرقا في تعريفه: «المتسبب في حادثة: هو الذي يفعل ما يؤدي إليها، ولا يباشرها مباشرة»[5].

٥- قال وهبة الزحيلي في تعريفه: «المتسبب: هو الذي يحدث أمراً يؤدي إلى تلف شيء آخر حسب العادة»[6].

---

(١) انظر: لسان العرب (١/٤٥٥-٤٦٠)، القاموس المحيط (ص ١٢٣).

(٢) بدائع الصنائع (٧/١٦٥) بتصرف يسير.

(٣) غمز عيون البصائر (١/٤٦٦).

(٤) درر الحكام (٢/٥٠٨)، شرح المجلة (ص ٤٨٨).

(٥) المدخل الفقهي للزرقاء (٢/١٠٤٥).

(٦) نظرية الضمان للزحيلي (ص١٨٩، ١٩٨).

ثانياً: المذهب المالكي:

قال القرافي في تعريفه: «التسبب: ما يحصل الهلاك عنده بعلة أخرى، إذا كان السبب هو المقتضي لوقوع الفعل بتلك العلة»[١].

ثالثاً: المذهب الشافعي:

١- قال أبو حامد الغزالي في تعريفه: «حد السبب: إيجاد ما يحصل الهلاك عنده، لكن بعلة أخرى، إذا كان السبب مما يقصد لتوقع تلك العلة»[٢].

٢- قسم بعض الشافعية التسبب إلى قسمين:

أحدهما: السبب: «وهو ما يؤثر في الهلاك ولا يحصله».

ومثاله: إذا شهد بالزور على عبد فقتل بشهادته أو رجم في الحد بشهادته، فهنا الشهادة أثرت في قتل المشهود عليه، مع أن القتل لم يحصل بها، وإنما حصل بحكم الحاكم.

والثاني: الشرط: «وهو ما لا يؤثر في الهلاك ولا يحصله، بل يحصل التلف عنده بغيره، ويتوقف تأثير ذلك الغير عليه».

ومثاله: حفر الحفرة مع التردي فيها، فهنا لم يؤثر الحفر في التلف ولم يحصله، وإنما أثر التخطي في صوب الحفرة، والمحصل للتلف التردي فيها ومصادمتها، لكن لولا الحفر لما حصل التلف، ولهذا سمي شرطا[٣].

---

(١) الفروق (٤/ ٢٧).

(٢) الوجيز (١/ ٢٠٦).

(٣) انظر: قواعد الأحكام (٢/ ٢٦٦، ٢٦٧)، العزيز (٥/ ٣٩٨-٣٩٩)، روضة الطالبين (٩/ ١٢٨)، مغني المحتاج (٤/ ٦).

رابعاً: المذهب الحنبلي:

جاء في مجلة الأحكام الشرعية تعريف الإتلاف بالتسبب بما نصه: «الإتلاف تسببا: هو فعل ما يفضي عادة إلى الإتلاف دون أن يتخلل بينهما ما يمكن إحالة الحكم عليه»[١].

وهذه التعريفات - وإن اختلفت في ألفاظها إلا أنها - متفقة في المضمون والمعنى، مؤداها: أن يفعل المرء شيئاً يؤدي إلى الإتلاف عادة بواسطة فعل آخر متوسط بين الفعل الأول (السبب) والإتلاف الحادث، بحيث يكون الفعل الأول (السبب) هو المقتضي لوقوع الإتلاف بذلك الفعل (الواسطة).

كما في عملية حفر البئر؛ فإن حفر البئر في الطريق تسبب إلى إتلاف الساقط بها، فالتلف لم يحدث بحقيقة الفعل وهو الحفر؛ لأن الحفر اتصل بالأرض ولم يتصل بالساقط في البئر، وإنما حصل التلف بمشي الساقط إلى الحفر، فكانت الحفرة سببا للتلف ومؤثرة في حصوله[٢].

ويتضح من تعريفات العلماء للتسبب أنه يشترط أن يكون السبب مما شأنه عادة أن يفضي غالبا للإتلاف، بمعنى أن يكون التلف الذي حصل نتيجة عادية منتظرة من ذلك الفعل (التسبب)، كما يفيده تعريف القرافي[٣]، ولهذا احترز الغزالي في تعريفه بقوله: «إذا كان السبب مما يقصد لتوقع تلك العلة»[٤]، عما

---

(١) مجلة الأحكام الشرعية (ص٤٣٠).

(٢) انظر: مغني المحتاج (٤/٦).

(٣) انظر: الفروق (٤/٢٧)، بدائع الصنائع (٧/١٦٥)، شرح المجلة (ص ٤٨٨)، درر الحكام (٢/٥٠٨)، نظرية الضمان للزحيلي (ص ١٨٩، ١٩٨)، الوجيز (١/٢٠٦)، تقرير القواعد (٢/٣١٦-٣١٧)، مجلة الأحكام الشرعية (ص٤٣٠).

(٤) الوجيز (١/٢٠٦).

إذا كان حدوث المقتضي للتلف مع تقدير ذلك الفعل نادراً، فإنه لا يعد سببا[١]، كمن حفر بئراً في الصحراء بعيدا عن الطرق والمسالك، فإنه لا تسبيب حينئذ؛ لأن الوقوع فيها أمر نادر مع سعة الصحراء، وبعد البئر عن الطرق[٢].

وأراد الغزالي بقوله: «مما يقصد»: كون شأنه أن يحصل ويتوقع معه علة التلف، بأن يكون وجودها معه كثيرا[٣]، لا أن يقصد المتسبب وقوع التلف؛ لأن المتسبب قد يقصد وقوع التلف مع أنه يضمن قطعا[٤].

أقسام التسبب:

هناك تقسيمان للتسبب، هما كما يأتي:

أولاً: قسم بعض علماء الشافعية التسبب باعتبار توليده للمباشرة إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: التسبب الذي يولد المباشرة توليدا حسيا، كالإكراه على الإتلاف.

القسم الثاني: التسبب الذي يولد المباشرة توليدا شرعيا، كمن شهد زورا على عبد فقتل بشهادته.

القسم الثالث: التسبب الذي يولد المباشرة توليدا عرفيا كتقديم طعام مسموم لمن يأكله[٥].

---

(١) انظر: ضمان المتلفات (ص٣٥٢).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٧/٢٧٤)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٤/٢٤٤)، مغني المحتاج (٤/٨٢-٨٣)، المغني (١٢/٨٩).

(٣) انظر: العزيز (٥/٣٩٨).

(٤) انظر: ضمان المتلفات (ص٣٥٢).

(٥) انظر: الوجيز (٢/١٢٢)، العزيز (١٠/١٢٧-١٣٠)، قواعد الأحكام (٢/٢٦٦-٢٦٧)، روضة الطالبين (٩/١٢٨-١٢٩)، مغني المحتاج (٤/٦).

ثانياً: قسم بعض الباحثين[١] التسبب باعتبار الفعل وعدمه إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: التسبب بالفعل:

ومثاله: ما لو نخس إنسان دابة آخر، فنفحت برجلها فأضرت بمال أو نفس، أو حفر حفرة في الطريق العام بدون إذن ولي الأمر فوقع فيها حيوان، أو فتح باب بيت غيره فتركه مفتوحا فسرق اللصوص ما به، أو طرح قمامات وقشور بطيخ في الطريق فزلق به عبد[٢].

القسم الثاني: التسبب بعدم الفعل.

ومثاله: لو أصيبت شاة فأراد صاحبها ذبحها قبل أن تموت ولا مدية[٣] معه، وكان مع غيره مدية فطلبها من صاحبها، فامتنع عن إعطائه حتى ماتت الشاة، يكون صاحب المدية ضامنا قيمة الشاة؛ لأنه امتنع عن بذل واجب، وتسبب بامتناعه في تلف الشاة[٤].

وكذلك إذا أرسل القاضي أعوانه ليطلبوا من المدعى عليه الحضور إلى مجلس القضاء فامتنع من الحضور؛ فحينئذ ينظر: فإن كان المدعي هو الذي دفع أجرة الأعوان ليحضروا الخصم بأمر القاضي، فامتنع عن الحضور يكون الخصم ضامنا أجرة الأعوان؛ لأنه قد تسبب بامتناعه هذا في إتلاف الأجرة وضياعها على المدعي[٥].

---

(١) انظر: الفعل الضار (ص٨١-٨٢)، ضمان المتلفات (ص٣٥٣-٣٥٤).

(٢) انظر: المغني (١٢/٨٨)، مغني المحتاج (٤/٧٨)، الفعل الضار (ص٨١).

(٣) المدية: الشفرة، والجمع: مُدىً ومديات.
انظر: مختار الصحاح (ص ٦١٩)، المصباح المنير (ص ٢١٦).

(٤) انظر: البهجة شرح التحفة (١/٣٦).

(٥) انظر: البهجة شرح التحفة (١/٣٦).

القسم الثالث: التسبب بالتقصير.

ومثاله: ما لو حفر شخص حفرة في الطريق العام بإذن ولي الأمر، ولكنه أهمل بعض القيود، فلم يضع مثلا حواجز حول الحفرة، فوقع فيه حيوان فتلف[1].

ويمكن إرجاع هذه الأقسام الثلاثة إلى قسمين هما:

الأول: التسبب بالفعل، ويسمى بالتسبب الإيجابي، وهو: أن يعمل الشخص عملا فينشأ عنه التلف.

والثاني: التسبب بعدم الفعل، أي: التسبب بالترك، ومنه: التسبب بالتقصير، ويسمى التسبب السلبي، وهو: أن يهمل الشخص القيام بعمل مطلوب منه فيقع التلف.

المطلب الثالث

في المعنى الإجمالي للقاعدة

وهو أن من تسبب في إتلاف مال أو نفس؛ وجب عليه ضمان ما تسبب في إتلافه، بشرط أن يكون متعديا[2].

المطلب الرابع

في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة

وهذا يتبين من خلال الفروع الآتية:

---

(١) انظر: المغني (١٢/ ٨٩).

(٢) انظر: شرح المجلة (ص ٦٠)، شرح القواعد الفقهية (ص ٤٥٥)، المدخل الفقهي للزرقا (٢/ ١٠٤٥-١٠٤٧)، نظرية الضمان للزحيلي (ص ١٩٨).

الفرع الأول: في وجوب الضمان على المتسبب بالإتلاف:

اتفق فقهاء الحنفية[1] والمالكية[2] والشافعية[3] والحنابلة[4] - من حيث الجملة - على أن من تسبب في إتلاف شيء، وجب عليه ضمان ما تسبب في إتلافه، إذا كان متعديا.

لكنهم اختلفوا في تقدير وجود التسبب وعدمه في بعض المسائل الفقهية؛ فمنهم من رأى وجود التسبب، ومنهم من لم يره.

واستدلوا على وجوب الضمان على المتلف المتسبب بما يأتي:

١ - قال تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ فَٱعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ مَا ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ﴾[5].

وجه الدلالة: أن الآية الكريمة دلت على أن من اعتدى على مال غيره - ومنه الإتلاف تسببا - فإن لصاحب المال أن يأخذ منه بدله[6].

---

(١) انظر: المبسوط (٨٨/٤، ٥٤/١١، ١٧٧/٢٠، ١٨٢/٢٦، ٢٢/٢٧)، بدائع الصنائع (١٦٥/٧)، الهداية مع البناية (٣٢٩/١٢)، البناية (٢٨٦/١٢-٢٨٧)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٤٣)، مجمع الضمانات (٣٤٥/١، ٣٨١)، الفرائد البهية (ص١٣١، ٢١٠)، درر الحكام (٩٤/١)، شرح القواعد الفقهية (ص ٤٥٥).

(٢) انظر: بداية المجتهد (٣٨٦/٢)، الفروق (٢٠٦/٢-٢٠٧، ٢٧/٤)، ترتيب الفروق (١٨٨/٢)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٣٤٤)، إيضاح المسالك (ص٧٧-٧٨)، شرح المنهج المنتخب (ص ٥٣٤-٥٣٧).

(٣) انظر: الوجيز (٢٠٥/١)، قواعد الأحكام (٢٦٥/٢)، روضة الطالبين (٤/٥)، المنثور (٣٢٢/٢-٣٢٣)، القواعد للحصني (٤٢٠/٣-٤٢٣)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٣٦٢).

(٤) انظر: المغني (٨٨/١٢)، إعلام الموقعين (٤٦/٢، ٣٣٠/٣)، تقرير القواعد (٣١٦/٢)، مغني ذوي الأفهام (ص١٨٦)، الإقناع (٥٩١/٢-٥٩٢)، تحفة أهل الطلب (ص١٠٥)، القواعد والأصول الجامعة (ص ٤٣)، الإرشاد للسعدي (ص١٤٨).

(٥) سورة البقرة، الآية [١٩٤].

(٦) انظر: تيسير الكريم الرحمن (ص ٨٩).

٢- عن البراء بن عازب ﷺ أن ناقة له دخلت حائط رجل فأفسدت فيه، فقضى رسول الله ﷺ أن على أهل الحوائط حفظها بالنهار، وأن ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها[1].

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ ألزم أصحاب المواشي بضمان ما أتلفته مواشيهم ليلا، ومعلوم أن أصحاب المواشي لم يباشروا الإتلاف هنا، وإنما تسببوا في ذلك بإهمالهم لمواشيهم، فدل ذلك على وجوب الضمان على من تسبب بالإتلاف إذا كان معتدياً.

٣- عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: (لا ضرر ولا ضرار)[2].

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ نهى عن الضرر والإضرار بالآخرين، وهذا يقتضي أن من تعدى في شيء فتسبب في إتلاف نفس أو مال، فإن الضمان يجب عليه.

٤- حكى بعض العلماء الاتفاق على أن إتلاف المتسبب موجب للضمان، يقول العلامة أبو العباس القرافي: «وللسبب الموجب للضمان نظائر كثيرة، منها متفق عليه، ومنها مختلف فيه، لكن حصل الاتفاق من حيث الجملة على أن التسبب موجب للضمان»[3].

وقال القاضي أبو عبد الله المقري: «قاعدة: تقدم أن أسباب الضمان ثلاثة: الإتلاف والتسبب ووضع اليد غير المؤتمنة... وعلى هذه القاعدة تتخرج فروع

---

(١) تقدم تخريجه صفحة ٧٢.

(٢) تقدم تخريجه صفحة ٨٤.

(٣) الفروق (٢/٢٠٧).

الضمان، وهي متفق عليها»[1].

٥- إن التسبب ليس بالعلة المستقلة، لوجود فعل آخر مفضٍ إلى التلف فاصل بينه وبين التلف، مع تراخٍ للتلف عن الفعل المسبب، فاقتضى أن يقترن بالعمل المسبب صفة عداء ليكون موجبا للضمان[2].

الفرع الثاني: في المراد بالتعدي المشترط في وجوب الضمان على المتلف المتسبب:

ذكرت - في الفرع الأول - اتفاق الفقهاء على اشتراط التعدي لوجوب الضمان على المتلف المتسبب، كما ذكرت الأدلة التي استدلوا بها.

أما المراد بالتعدي المشترط هنا فهو أن «التعدي يستعمل في معنيين يجب التمييز بينهما، وتحديد أي منهما هو المراد في هذا المقام:

* فالمعنى الأول للتعدي هو المجاوزة الفعلية إلى حق الغير أو ملكه المعصوم؟

* والمعنى الثاني الذي قد يعبر عنه بالتعدي هو العمل المحظور في ذاته شرعا، بقطع النظر عن كونه متجاوزا على حدود الغير أم لا.

فالتعدي بالمعنى الأول (التجاوز) هو المقصود هنا في هذا المقام، وهو شرط أساسي في مسئولية كل من المباشر والمتسبب على سواء.

ولا يشترط لمسئولية المتعدي بهذا المعنى مباشرا كان أو متسبباً، أن يكون متعمداً، أي: قاصدا للإضرار، بل يستوي عند وجود التعدي الخطأ والعمد.

---

(١) القواعد (خ١٤٠) بواسطة شرح المنهج المنتخب (ص ٥٣٥). وانظر: الضمان في الفقه الإسلامي (١/٧٥، ٨٣)، الفعل الضار (ص٧٥)، نظرية الضمان للزحيلي (ص ٧٧)، ضمان المتلفات (ص٣٥٧).

(٢) انظر: شرح المجلة (ص ٦٠)، درر الحكام (١/٩٣)، الضمان في الفقه الإسلامي (١/٨٣).

أما المعنى الثاني للتعدي – وهو العمل المحظور شرعا – فليس بشرط للمسئولية في كل من المباشر والمتسبب، بعد توافر التعدي بمعنى التجاوز إلى حق الغير أو ماله المعصوم، فقد يتحقق التعدي بهذا المعنى ولا يكون الفعل محظورا شرعاً، بل قد يكون واجبا ويثبت معه الضمان»(١).

«على أنه قد يقول متسائل: فما الفرق عندئذ بين التسبب والمباشرة في المسئولية، فإن المشهور لدى كل من كتبوا من المعاصرين في هذا الموضوع أن التعدي شرط في التسبب لا في المباشرة؟(٢).

فالجواب: أنه عند انفراد أحدهما - تسببا كان أو مباشرة - يكون فاعله مسئولا بالضمان بشرط التعدي، وإنما الفرق بينهما عند اجتماعها، فإذا اجتمع المباشر والمتسبب وكل منهما متعدٍّ فالمباشر هو الضامن»(٣)، على تفصيل في ذلك، كما سيأتي في دراسة القاعدة الآتية.

---

(١) الفعل الضار (ص ٧٨-٧٩).

(٢) انظر: الضمان في الفقه الإسلامي (١/ ٧٥، ٨٣).

(٣) الفعل الضار (ص ٨٣).

وقد انتقد القاضي محمد تقي العثماني في كتابه بحوث في قضايا فقهية معاصرة (ص٣٠٤) الأستاذ مصطفى الزرقا في قوله: إن المراد بالتعدي المشترط في وجوب الضمان على المتلف المتسبب هو «المجاوزة الفعلية إلى حق الغير أو ملكه المعصوم»، وقال: «فالصحيح الذي يتبادر من كلام الفقهاء، أن التعدي الذي يشترط لتضمين المسبب هو التعدي بالمعنى الثاني، وهو أن يكون فعله المسبب للضرر محظورا في نفسه، وإن التعدي بهذا المعنى لا يشترط في تضمين المباشر». إلا أنه لم يذكر دليلا يدل على صحة انتقاده. فالله أعلم.

الفرع الثالث: في عدم اشتراط التعمد في وجوب الضمان على المتلف المتسبب:

بينت - فيما سبق[1] - اتفاق الفقهاء على عدم اشتراط التعمد في وجوب الضمان على المتلف، سواء كان مباشرا أم متسببا، وأن العمد والخطأ في أموال الناس سواء، وإنما فرقوا بين المتعمد والمخطئ من جهة الإثم، فيأثم المتعمد دون المخطئ[2].

وهذا فيما إذا كان التلف لاحقاً بحقوق الآدميين، أما إذا كان في حقوق الله - جل وعلا - فإن هناك فرقا بين المتلف العامد والمخطئ في الضمان، فإذا كان عامدا وجب عليه الضمان وحل عليه الإثم، وإذا كان مخطئا سقط عنه الضمان والإثم[3]. وقد سبق إيضاح هذا التقييد بأوسع من هذا؛ فليرجع إليه[4].

---

(١) كما في دراستي لقاعدة (العمد والخطأ في ضمان الأموال سواء) صفحة ٢٨٧.

(٢) انظر: المبسوط (١١/١٦)، الهداية مع فتح القدير (١٥٧/٥)، البناية (٤٣٨/٦-٤٣٩)، الاستذكار (٢٧١/٢٢، ٢٨٧)، الفروق (٢١٣/١، ٢٠٩/٢)، الذخيرة (٢٥٩/١٢)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٣٤٤)، القواعد للمقري (٦٠٣/٢)، الأم (١٨٢/٢-١٨٣)، الإشراف لابن المنذر (٥٦٥/٢)، الحاوي [(٥٠/٧، ١٧٠)، (٣٥٩/٨)، (١٠٥/١٥، ٣٠٥)، (٢٧٠/١٧)]، قواعد الأحكام [(٣٥/١، ٢٦٣)، (٦/٢، ٢٦٨)]، المقنع لابن البنا (١٠٢٤/٣)، المغني (٣٢٩/١١، ٥٦٠، ٥٠٥/١٢)، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٣٢٧/٢٩)، إعلام الموقعين (١٥٢/٢)، المبدع (١١٠/٥)، القواعد والأصول الجامعة (ص ٤٣)، المحلى (٩١/٦، ٤٢٩).

(٣) انظر: فتح الباري (١٩١/٥، ٥٥٩/١١)، القواعد والأصول الجامعة (ص ٤٤)، الإرشاد للسعدي (ص ٩٢)، المختارات الجلية ضمن المجموعة الكاملة (١٣٩/٢/٤)، الشرح الممتع (٢٢٧/٧).

(٤) كما في دراستي لقاعدة (لا فرق في ضمان المتلف بين العلم والجهل) صفحة ٣٢٧-٣٣٤.

الفرع الرابع: في بيان خطأ لفظي في بعض صيغ القاعدة:

جاء في بعض صيغ القاعدة اشتراط التعمد في وجوب الضمان على المتلف المتسبب، كما في صيغة ابن نجيم[١] ومجلة الأحكام العدلية[٢]، وهذا خطأ واضح؛ إذ التعمد ليس بشرط في وجوب الضمان على المتلف المتسبب - كما بينت ذلك في الفرع السابق -، وإنما يشترط التعدي لوجوب الضمان على المتلف المتسبب - كما سبق -، وكما جاء في بعض الصيغ الأخرى.

«ويلاحظ أن شراح المجلة تداركوا عمليا هذا الإيهام في عبارتها، بأن قرنوا التعمد بالتعدي كشرط لتضمين المتسبب»[٣].

وقد نبه على هذا الخطأ الأستاذ مصطفى الزرقا حيث يقول: «جاء في المجلة (م/٩٣): (المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد)، لكن الفروع الفقهية تفيد أن كلا من المباشرة والتسبب في ضرر الغير موجب للضمان متى وجد فيه التعدي... سواء أقصد الفاعل الفعل أو الضرر.. أم لم يقصد، فلو صاح المجنون بدابة أحد حتى جفلت وأضرت بمال أو نفس كان ضامنا في ماله وإن لم يستحق عقوبة، مع أنه في ذلك متسبب تسببا وليس مباشرا، ولا يعتبر له قصد إلى فعل أو ضرر، يتضح من ذلك أن التعبير بلفظ التعمد الوارد في المجلة (م/٩٣) إنما المراد به معنى التعدي لا معنى القصد، وهو تعبير غير سديد... لأنه موهم»[٤].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٤٣).

(٢) انظر: شرح المجلة (ص ٦٠)، درر الحكام (١/٩٤)، شرح القواعد الفقهية (ص ٤٥٥).

(٣) الفعل الضار (ص ٧٧). وانظر: المراجع السابقة.

(٤) الفعل الضار (ص ٧٦-٧٧). وانظر: المدخل الفقهي للزرقاء (٢/١٠٤٦-١٠٤٧).

وتبعه على ذلك كل من:

أولاً: الدكتور وهبة الزحيلي حيث يقول: «والأصح أن يقال في هذه القاعدة – كما ذكرنا فيما قبلها -: (إلا بالتعدي)؛ وذلك لأن شرط تضمين المتسبب هو وجود التعدي، سواء أكان بقصد أم لا»[1].

ثانياً: الدكتور محمد سراج حيث يقول: «وعلى الرغم من وضوح اعتبار الخطأ والإهمال والتقصير في وجوب الضمان، فقد أخطأ القائمون على مجلة الأحكام العدلية خطأ جوهريا في فهم الأصول العامة للضمان، حين نصوا على اشتراط التعمد في التسبب لإيجاب الضمان، فقد جاء في المادة (٩٢) من هذه المجلة أن (المباشر ضامن وإن لم يتعمد)، وفي المادة (٩٣) أن (المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد)، ويفيد الحصر بالنفي و(إلا) في المادة الأخيرة أن المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد، وهو خلاف ما يدل عليه واجب العناية بحقوق الغير في الشريعة، كما أنه يناقض الحكم بالضمان في كثير من الفروع الفقهية التي ذكرها علماء المذهب الحنفي أنفسهم، كما في ضمان الحداد والموقد للنار في ملكه مما سبق ذكره قبل قليل.

وهناك احتمالان في تفسير سبب الوقوع في هذا الخطأ:

أولهما: متابعة خطأ كتابي وقع في بعض الكتب السابقة، كأشباه ابن نجيم التي وردت فيه القاعدة نفسها بلفظ: «المباشر ضامن وإن لم يتعمد، والمتسبب لا، إلا إذا كان متعمداً»[2]، ومع ذلك فقد تعاقب شراح المجلة على ترديد الخطأ نفسه، دون تقدير منهم لآثاره على مفهوم الضمان وتناقضه مع ما أوردوه هم من فروع.

---

(١) نظرية الضمان للزحيلي (ص ١٩٨). وانظر: (ص٢٠١).

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٤٣).

والثاني: متابعة خطأ وقع فيه بعض المتقدمين في تفسير مذهب الإمام أبي حنيفة في تضمين المتسبب، خاصة وأن إمام المذهب لا يرى تضمين المتسبب إلا في تلك الأحوال التي يبلغ الخطأ فيها من الجسامة مبلغا يقربه من العمد.

سواء وقع هذا الخطأ مجاراة لخطأ كتابي أو علمي «فإن هذه القاعدة تجب قراءتها على أن المتسبب لا يضمن (إلا إذا كان متعديا) طبقا لما ورد في مجمع الضمانات[(١)]»[(٢)].

ثالثاً: القاضي محمد تقي العثماني حيث يقول: «وقد وقع هنا تسامح في التعبير في مجلة الأحكام العدلية، حيث ذكرت هذه القاعدة في المادة (٩٣) بلفظ «المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد»، وهذا خلاف ما ذكره جمهور الفقهاء؛ فإن تعمد الإضرار ليس بشرط لتضمين المسبب، لذلك من حفر بئراً في غير ملكه، وسقط فيها رجل؛ فإن الحافر ضامن، ولو لم يحفرها بنية أن يتردى فيها رجل، فالصحيح من عبارة هذه القاعدة ما ذكرنا من أن المتسبب لا يضمن إلا بالتعدي، ولو لم يكن متعمدا بالضرر أو بالتعدي»[(٣)].

الفرع الخامس: في شروط القاعدة:

اشترط العلماء لوجوب الضمان على من تسبب في التلف الشروط التالية:

أولاً: أن يقع الفعل الذي أدى إلى التلف على وجه التعدي، فلو حفر أحد بئرا في غير ملكه وبلا إذن صاحب الأرض، فوقع فيها حيوان وتلف، ضمن

---

(١) مجمع الضمانات (١/٣٨١، ٣٤٥).

(٢) ضمان العدوان (ص١٠٢-١٠٣). وانظر: (ص٢٤٧).

(٣) بحوث في قضايا فقهية معاصرة (ص٣٠٣).

لتعديه في الحفر الذي أدى إلى تلف الحيوان، أما إذا كان الحفر في أرضه أو بإذن صاحب الأرض فلا ضمان عليه لعدم التعدي(١).

وقد مضى الكلام على هذا الشرط بأوسع مما هنا، كما في الفرعين الأول والثاني.

ثانياً: «أن تتحقق السببية بين الفعل المسبب والتلف، وذلك بأن يؤدي الفعل المسبب إلى التلف غالبا على جري العادة، فإذا حفر شخص حفرة صغيرة لا يموت ما يقع فيها عادة، فوقع فيها حيوان ومات فلا ضمان؛ لأن حدوث التلف إذا كان نادرا أو وقع مصادفة فإنه لا يعد سبباً»(٢).

ثالثاً: «أن لا يكون الفعل الفاصل بين الفعل المتسبب والتلف مانعا من نسبة ذلك التلف إليه، فإذا منع من نسبته إليه فإنه لا يضمن، فمن حفر حفرة في طريق فسقط فيها حيوان فتلف أو ألقت الريح فيها حيواناً فتلف، ضمن قيمة هذا الحيوان، لتعديه بالحفر وتسببه في الإتلاف، وعدم امتناع نسبته إليه حينئذ بسقوط الحيوان بفعله أو بفعل الريح.

---

(١) انظر: الهداية مع البناية (٣٢٩/١٢)، درر الحكام (٩٤/١، ٦١٦/٢)، شرح القواعد الفقهية (ص ٤٥٥، ٤٥٦)، الفروق (٢٠٦/٢-٢٠٧، ٢٧/٤)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٣٤٤)، روضة الطالبين (٤/٥)، مغني المحتاج (٨٢/٤-٨٤)، المغني (٨٨/١٢-٨٩)، تقرير القواعد (٣١٦/٢)، الضمان في الفقه الإسلامي (٧٥/١، ٨٣)، نظرية الضمان للزحيلي (ص ٧٧)، ضمان المتلفات (ص٣٥٥).

(٢) ضمان المتلفات (ص٣٥٦) بتصرف. وانظر: بدائع الصنائع (١٦٥/٧)، شرح المجلة (ص ٤٨٨)، درر الحكام (٥٠٨/٢)، الفروق (٢٧/٤)، الوجيز (٢٠٦/١)، تقرير القواعد (٣١٦/٢-٣١٧)، مجلة الأحكام الشرعية (ص٤٣٠)، نظرية الضمان للزحيلي (ص١٨٩).

أما لو عمد إنسان إلى حيوان أو متاع فأسقطه في تلك الحفرة فتلف لم يضمن الحافر، وضمن المسقط، وذلك لحدوث ما يمنع نسبة الإتلاف إلى الحافر حينئذ، وهو إسقاط المسقط؛ إذ إنه بمباشرته الإسقاط أحدث فعلا تمتنع به نسبة التلف إلى حافر الحفرة وينسب إلى المسقط»[1].

ويتصل بهذا الشرط قاعدة «المباشر والمتسبب إذا اجتمعا في الإتلاف فالضمان على المباشر دون المتسبب»، وقد استثنى الفقهاء منها بعض المسائل، وسأبين ذلك في القاعدة القادمة - إن شاء الله تعالى -.

الفرع السادس: في تعدد أسباب الضمان:

إذا اجتمع أكثر من سبب في إحداث التلف، وكانت كلها من قبيل الإتلاف بالتسبب، وتوفر فيها الشرطان الآتيان:

الأول: أن تقع جميع الأسباب على وجه التعدي.

والثاني: أن تقع جميع الأسباب عمن هو أهل للضمان.

فلا يخلو الأمر من حالين:

الحال الأولى: أن تتساوى الأسباب في قوة التأثير في الإتلاف، فيكون الضمان على فاعل السبب الأسبق في إحداث التلف لا في الوجود[2].

مثاله: لو حفر شخص بئرا في الطريق بغير إذن الحاكم، أو في ملك غيره بغير إذنه، ووضع بعد ذلك شخص آخر حجرا إلى جانب تلك البئر، فعثرت دابة

---

(١) الضمان في الفقه الإسلامي (١/٧٥) بتصرف. وانظر: بدائع الصنائع (٧/٢٧٥، ٢٧٦)، الفروق (٤/٢٧)، الوجيز (١/٢٠٦)، المغني (١٢/٨٨-٨٩)، نظرية الضمان للزحيلي (ص ٧٨)، ضمان المتلفات (ص٣٥٦).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٩/٣٢٤)، مغني المحتاج (٤/٨٧).

بالحجر ووقعت في البئر ؛ فالضمان على واضع الحجر ؛ لأنه بمنزلة الدافع ، وإذا اجتمع الحافر والدافع فالضمان على الدافع وحده[١].

وكذلك الحكم فيما لو تقدم جناية الحفر ، كما لو نصب شخص سكينا في قعر البئر ، فسقط فيها حيوان من غير عثار ، فأصابه السكين فمات ؛ فالضمان على الحافر لا على ناصب السكين ؛ لأن الحافر أسبق السببين في إحداث التلف ، ولولاه لما وقع على السكين ، فكان بمنزلة الدافع[٢].

الحال الثانية : أن تتفاوت الأسباب في قوة التأثير في الإتلاف ، فيكون الضمان على فاعل السبب الأقوى تأثيرا بغض النظر عن السبب السابق منها[٣].

وقد جاء ما يؤيده في المادة (١٤٣٢) من مجلة الأحكام الشرعية ، ما نصه : «إذا اجتمع سببان أحدهما أخص اختص الضمان بصاحبه»[٤].

مثاله : «لو قيد أحد فرسه ووضعها في اصطبله وأقفل عليها الباب ، فجاء رجل وفك قيد الفرس ، وترك الباب مقفلا ، وجاء آخر وفتح الباب فخرج الفرس فارًا وضاع ، كان الضمان على فاتح الباب ؛ لأن فتح الباب سبب قوي لفرار الحيوان ؛ لأن الفرس لا يمكنها الفرار ولو رفع القيد ما دام الباب مقفلا ، أما بعد فتح الباب فيمكنها الفرار ولو كانت مربوطة»[٥].

---

(١) انظر : بدائع الصنائع (٢٧٦/٧)، البحر الرائق (٣٩٧/٨)، روضة الطالبين (٣٢٤/٩)، مغني المحتاج (٨٧/٤، ٨٨)، المغني (٨٨/١٢)، المبدع (٣٣٠/٨)، الإنصاف مع المقنع (٣١٩/٢٥-٣٢٠).

(٢) انظر : البحر الرائق (٣٩٧/٨)، الوجيز (١٥٠/٢)، المغني (٨٩/١٢).

(٣) انظر : درر الحكام (٦١٥/٢)، مغني المحتاج (٨٧/٤).

(٤) مجلة الأحكام الشرعية (ص٤٤٤).

(٥) درر الحكام (٦١٥/٢، (٩٤/١). وانظر : جامع الفصولين (٨٤/٢)، الفرائد البهية (ص١٣٧)، مغني المحتاج (٢٧٨/٢-٢٧٩)، المغني (٤٣١/٧).

وكذلك لو كان الحيوان مقيدا، فجاء شخص وحلّ قيده، أو كان الطائر في قفص فجاء أحد ففتح باب القفص، وبقي الحيوان والطائر كل في مكانه، ثم جاء شخص آخر فنفرهما، فالضمان على منفرهما؛ لأن سببه أخص فاختص الضمان به، كالدافع مع الحافر(١).

هذان الحالان فيما إذا توفر الشرطان السابقان آنفا، وهما:

١- أن تقع جميع الأسباب على وجه التعدي.

٢- أن تقع جميع الأسباب عمن هو أهل للضمان.

فإن انتفى الشرط الأول - كأن حصل التعدي في بعض الأسباب دون البعض الآخر - فإن الضمان يجب على المتعدي(٢)، سواء كان أقوى تأثيرا في الإتلاف من غير المتعدي أم لم يكن.

مثال ذلك فيما إذا كان السبب الذي حصل تعديا هو الأقوى تأثيرا: إذا حفر شخص بئرا أو نصب سكينا في ملكه، ووضع متعدٍّ حجراً، فعثر حيوان بالحجر ووقع في البئر أو على السكين، فإن الضمان على واضع الحجر، لتعديه(٣).

ومثاله فيما إذا كان السبب الذي حصل تعديا هو الأضعف تأثيرا: إذا وضع رجل حجرا في ملكه، وحفر متعد هناك بئرا أو نصب سكينا، فعثر حيوان بالحجر ووقع في البئر أو على السكين، فإن الضمان على حافر البئر أو ناصب السكين، لحصول التعدي منه(٤).

---

(١) انظر: المغني (٧/٤٣١).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٩/٣٢٥).

(٣) انظر: البحر الرائق (٨/٣٩٧)، روضة الطالبين (٩/٣٢٥)، مغني المحتاج (٤/٨٨)، المغني (١٢/٨٨-٨٩).

(٤) وقيل: لا يتعلق بحافر البئر وناصب السكين ضمان. انظر: روضة الطالبين (٩/٣٢٥).

وأما إذا انتفى الشرط الثاني - كأن حصلت بعض الأسباب ممن هو ليس بأهل للضمان - فإن الضمان يجب على من حصل التلف منه وهو أهل للضمان، سواء كان أقوى تأثيرا في الإتلاف ممن هو ليس بأهل للضمان أم لم يكن.

مثال ذلك فيما إذا كان السبب الذي حصل من غير أهل للضمان هو الأقوى تأثيرا: إذا حفر شخص بئرا في محل عدوان، وحصل حجر على طرف البئر بحمل السيل أو بوضع حربي أو سبع، فعثر حيوان بالحجر فوقع في البئر فهلك، فإن الضمان على الحافر، لتعديه؛ ولأنه لا يمكن أن يضاف إلى الحجر أو الحربي أو السبع، ولئلا تضيع أموال الناس[1].

ومثاله فيما إذا كان السبب الذي حصل من غير أهل للضمان هو الأضعف تأثيرا: إذا حفر حربي أو سبع حفرة، ووضع رجل عند الحفرة حجرا، فعثر حيوان بالحجر وسقط في البئر فهلك، فإن الضمان على واضع الحجر، لتعديه.

الفرع السابع: في الاشتراك في التسبب بالتلف:

إذا اشترك أكثر من واحد في إحداث التلف بالتسبب، تحمل كل واحد من المتسببين الضمان بحسب نسبة تأثيره في الضرر، أما إذا استووا في نسبة التأثير أو لم تعرف نسبة أثر كل واحد منهم فالضمان منقسم عليهم بالتساوي[2].

---

(١) وذهب الشافعية في الصحيح إلى أنه لا يجب الضمان على أحد، كما لو ألقاه الحربي أو السبع في البئر.
انظر: بدائع الصنائع (٢٧٦/٧)، البحر الرائق (٣٩٧/٨، ٣٩٨)، روضة الطالبين (٣٢٥/٩)، مغني المحتاج (٨٨/٤).

(٢) انظر: مصنف عبد الرزاق (٥١/١٠)، المبسوط (١٧/٢٧)، بدائع الصنائع (٢٧٥/٧، ٢٨٠)، البحر الرائق (٣٩٧/٨)، مواهب الجليل (٣١٦/٦)، روضة الطالبين (٣٢٥/٩)، مغني المحتاج (٨٨/٤)، المغني (٨٩/١٢، ٢٥١/١٤)، إعلام الموقعين (٣٩/٢)، تقرير القواعد (٢١٢/١-٢١٩)، المحلى (١٠٧/١١-١٠٨)، مجلة البحوث الإسلامية (٧٦/٢٦)، قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي (ص ١٦٤).

المطلب الخامس

من فروع القاعدة

هناك فروع كثيرة تندرج تحت القاعدة، منها ما يأتي:

١- إذا أحرق شخص أعشابا جافة في أرضه فسرت النار إلى شيء لأحد ما فأحرقته، فلا ضمان عليه، إلا إذا كان متعدياً، بأن كان إحراق الأعشاب في يوم شديد الريح[١].

٢- لو حفر شخص بئرا في الطريق العام، ولم يكن مأذونا بذلك من قبل ولي الأمر، فسقط في البئر حيوان وتلف، فيكون ضامنا بافتياته على ما ليس له فيه حق، وتعديه، بخلاف ما لو استأذن لحفره، فلا ضمان عليه.

أما لو حفر إنسان بئراً في ملكه فليس عليه ضمان إلا إذا حفرها لهذا الغرض[٢].

٣- لو أسقى من له حق الشراب أراضيه حسب العادة، فطغت المياه على أراضي جيرانه، فأحدثت ضررا فيها؛ فليس عليه ضمانه، أما لو كان الإسقاء على خلاف العادة فيكون ضامنا[٣].

---

(١) درر الحكام (٩٤/١). وانظر: الفروق (٢٠٦/٢)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٣٤٤)، تقرير القواعد (٣١٦/٢).

(٢) درر الحكام (٩٤/١) بتصرف. وانظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٤٣)، مجمع الضمانات (٣٤٥/١)، الفروق (٢٠٦/١)، روضة الطالبين (٤/٥)، المغني (٨٨/١٢)، تقرير القواعد (٣١٦/٢).

(٣) درر الحكام (٩٤/١). وانظر: شرح القواعد الفقهية (ص ٤٥٦)، تقرير القواعد (٣١٦/٢).

٤- لو وضع شخص فرسه مقيدا في اصطبله، فجاء شخصان فحلّ أحدهما قيد الفرس، وفتح الآخر باب الاصطبل، فالضمان على فاتح الباب[١].

٥- لو قعد إنسان في الطريق للبيع بغير إذن ولي الأمر، فتلف بقعوده شيء يضمنه، أما لو كان قعوده بإذن ولي الأمر فإنه لا يضمن[٢].

٦- إذا وضع شيئاً مما يزلق به الحيوانات كقشور الموز والبطيخ والقمامات، فزلق به حيوان وهلك، فإن الواضع يضمن[٣].

٧- إذا قطع شجرة له فوقعت على شجرة جاره فانكسرت، ضمن القاطع[٤].

٨- إذا أتلف رجل أحد مصراعي باب لرجل آخر أو أحد زوجي خف، كان للمالك أن يسلم للمتلف المصراع أو الخف الآخر، ويضمنه قيمتهما[٥].

٩- إذا هدم بيته فانهدم به بيت جاره، وطلب منه جاره قيمة البناء، فإنه لا يضمن إذا لم يتعد[٦].

١٠- إذا ضرب رجل شخصا آخر فسقط مغشيا عليه وسقط منه شيء، فإنه يضمن ما معه وما عليه من مال وثياب[٧].

---

(١) درر الحكام (١/ ٩٤). وانظر: مجمع الضمانات (١/ ٣٥٠)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٣٤٤)، روضة الطالبين (٥/ ٥)، تقرير القواعد (٢/ ٣١٦).

(٢) شرح القواعد الفقهية (ص ٤٥٦). وانظر: مجمع الضمانات (١/ ٣٥١).

(٣) انظر: مجمع الضمانات (١/ ٣٤٥)، الفروق (١/ ٢٠٦).

(٤) انظر: مجمع الضمانات (١/ ٣٥١).

(٥) انظر: مجمع الضمانات (١/ ٣٤٦).

(٦) انظر: المرجع السابق (١/ ٣٥٧).

(٧) انظر: المرجع السابق (١/ ٣٥٧).

١١- إذا شهد بالزور على عبد فقتل بشهادته أو رجم في الحد بشهادته فإنه يلزمه الضمان[(١)].

١٢- إذا حلّ رجل رباط سفينة فغرقت بالحلّ ضمن[(٢)].

١٣- إذا بنى في ملكه حائطا مائلا إلى الطريق أو إلى ملك غيره، فتلف به شيء، أو سقط على شيء فأتلفه، ضمنه[(٣)].

١٤- لو أوقف شخص سيارته في غير المحل المعد لوقوف السيارات، وترتب على ذلك الوقوف ضرر، ضمنه مالك السيارة؛ لأنه متعد في هذا الوقوف، متسبب للضرر به[(٤)].

١٥- لو خالف أنظمة المرور التي تحتم الاتجاه ذات اليمين في السير، فانطلق ذات الشمال، أو تحدد السرعة بقدر معين في شوارع المدينة أو خارجها، فزاد على السرعة المحددة، وترتبت على ذلك أضرار، فإنه يضمنها؛ لأن الارتفاق بالمرور في الشوارع مباح مقيد بشرط السلامة، وهي باتباع نظام المرور، فإذا خالفه وأحدثت المخالفة ضررا كان مسئولا عنه، مطلوبا منه تعويضه[(٥)].

١٦- إذا تأخر المدين في الوفاء بالدين، ونشأ عن هذا التأخير ضرر مالي على صاحب الدين، ضمن المدين هذا الضرر[(٦)].

---

(١) انظر: الفروق (١/٢٠٦)، قواعد الأحكام (٢/٢٦٦، ٢٦٨).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٥/٥).

(٣) انظر: المغني (١٢/٩٤).

(٤) نظرية الضمان لمحمد فوزي (ص١٨٥). وانظر: مجلة البحوث الإسلامية (٢٦/٥٤).

(٥) نظرية الضمان لمحمد فوزي (ص١٨٥). وانظر: مجلة البحوث الإسلامية (٢٦/٦٤، ٧٧).

(٦) ضمان العدوان (ص١٤٥).

المبحث الثالث

قاعدة: المباشر والمتسبب إذا اجتمعا في الإتلاف فالضمان على المباشر دون المتسبب

هذه إحدى القواعد الفقهية المتعلقة بمسائل اجتماع المباشرة والتسبب في الإتلاف، وقد اعتنى بها العلماء عناية فائقة، وما ذلك إلا لأهميتها وعظيم نفعها، وقد يسر الله لي تناولها في المطالب الآتية:

المطلب الأول

في صيغ القاعدة

هذه القاعدة من القواعد المهمة في مسائل المباشرة والتسبب، وقد اهتم بها الفقهاء وتنوعت عباراتهم في ذكر الصيغ لها، وقد رتبتها حسب المذاهب الفقهية الأربعة على النحو الآتي:

أولاً: المذهب الحنفي:

١- قال أبو بكر السرخسي: «المباشر والمتسبب إذا اجتمعا في الإتلاف فالضمان على المباشر دون المتسبب»(١).

٢- قال عبد العزيز البخاري(٢): «الأصل أن يضاف الحكم إلى العلة دون السبب، وإنما يضاف إلى السبب عند تعذر الإضافة إلى العلة بالكلية»(٣).

---

(١) المبسوط (٧٣/٢٤).

(٢) الفقيه الأصولي علاء الدين عبد العزيز بن أحمد بن محمد البخاري الحنفي، تفقه على محمد المايمرغي وغيره، له مؤلفات منها: كشف الأسرار في شرح أصول البزدوي، وشرح الهداية في فروع الفقه الحنفي، توفي سنة ٧٣٠هـ.

انظر: الجواهر المضية (٤٢٨/٢)، كشف الظنون (١١٢/١)، معجم المؤلفين (١٥٧/٢-١٥٨).

(٣) كشف الأسرار (٣٠٦/٤).

٣- قال ابن نجيم الحنفي: «إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر»[١].

٤- وقال أيضا: «المتسبب لا ضمان عليه مع المباشرة»[٢].

٥- قال ابن غانم البغدادي: «إذا اجتمع المباشر والمسبب أضيف الحكم إلى المباشر»[٣].

٦- جاء في المادة (٩٠) من مجلة الأحكام العدلية ما نصه: «إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر»[٤].

٧- قال محمود حمزة: «إذا اجتمع المباشر والمسبب قدم المباشر في الضمان»[٥].

ثانيا: المذهب المالكي:

١- قال عبد الوهاب المالكي: «السبب والمباشرة إذا اجتمعا سقط حكم السبب»[٦].

٢- قال أبو العباس القرافي: «إذا اجتمع التسبب والمباشرة اعتبرت المباشرة»[٧].

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص١٣٥). وانظر: غمز عيون البصائر (١/٤٦٦).

(٢) الفوائد الزينية (ص ٩٣).

(٣) مجمع الضمانات (١/٤٠٥).

(٤) انظر: شرح المجلة (ص٥٩)، درر الحكام (١/٩١)، شرح القواعد (ص٤٤٧).

(٥) الفرائد البهية (ص١٣١).

(٦) الإشراف (٢/٩٧٨).

(٧) الفروق (٤/٢٨).

٣- وقال أيضا: «...إذا اجتمع منها سببان كالمباشرة والتسبب من جهتين غلبت المباشرة على التسبب»[١].

٤- قال أبو عبدالله المقري: «المباشرة مقدمة على السبب ما لم تكن معمودة»[٢].

٥- قال محمد عرفة الدسوقي[٣]: «المباشر يقدم على المتسبب في الضمان إذا ضعف السبب»[٤].

ثالثاً: المذهب الشافعي:

١- قال أبو سليمان الخطابي[٥]: «الأصل أن المباشرة والسبب إذا اجتمعا

---

(١) المرجع السابق (٢/٢٠٨).

(٢) القواعد للمقري خ١٦٦. وانظر: شرح المنهج المنتخب (ص٥٣٧).

(٣) هو الفقيه شمس الدين أبو عبدالله محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي الأزهري، كان ملازما لحضور دروس المشايخ كالصعيدي والدردير والجناحي، أخذ عنه: أحمد الصاوي وعبدالله الصعيدي وحسن العطار، ومن مؤلفاته: حاشية على الشرح الكبير للدردير، وحاشية على مختصر السعد، ولم يزل على حالته في الإفتاء والتدريس والإفادة حتى توفي في ربيع الثاني سنة ١٢٣٠هـ.
انظر: شجرة النور الزكية (ص٣٦١)، هدية العارفين (٦/٣٥٧)، معجم المؤلفين (٣/٨٢).

(٤) حاشية الدسوقي (٣/٤٥٢). وانظر: (٣/٤٤٤).

(٥) هو الإمام العلامة أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن خطاب البستي الخطابي، سمع من أبي سعيد ابن الأعرابي وإسماعيل الصفار وأبي بكر بن داسة، روى عنه: الحاكم وأبو حامد الاسفراييني وأبو ذر الهروي، له مؤلفات نفيسة منها: معالم السنن، وغريب الحديث وشرح الأسماء الحسنى، توفي ببست سنة ٣٨٨هـ.
انظر: تذكرة الحفاظ (٣/١٠١٨-١٠٢٠)، البداية والنهاية (١١/٣٤٦)، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة (١/١٥٩).

كان حكم المباشرة مقدما على السبب»[١].

٢- وقال أبو الحسن الماوردي: «إذا اجتمع السبب والمباشرة سقط حكم السبب بالمباشرة»[٢].

٣- وقال أيضاً: «المباشرة أقوى من السبب، فإذا اجتمعا غلب حكم المباشرة على السبب»[٣].

٤- وقال أيضا: «السبب والمباشرة إذا اجتمعا وتعلق الضمان بالمباشرة سقط حكم السبب»[٤].

٥- جاء في كتاب روضة الطالبين للنووي ما نصه: «المباشرة مقدمة على السبب»[٥].

٦- قال بدر الدين الزركشي: «إذا اجتمع السبب والمباشرة أو الغرور والمباشرة قدمت المباشرة»[٦].

٧- قال جلال الدين السيوطي: «إذا اجتمع السبب أو الغرور والمباشرة قدمت المباشرة»[٧].

---

(١) معالم السنن (٦/٣٠٩).

(٢) الحاوي (٤/٣٠٨).

(٣) المرجع السابق (١٢/٣٧١).

(٤) المرجع السابق (١٣/٣٦٤).

(٥) روضة الطالبين (٥/٤)، المنثور (١/١٣٤)، مغني المحتاج (٢/٢٧٨). وانظر: العزيز (٥/٣٩٩).

(٦) المنثور (١/١٣٣).

(٧) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٦٢). وانظر: الفرائد الجنية (٢/٣٥٦).

رابعاً: المذهب الحنبلي:

١- قال أبو محمد ابن قدامة: «متى اجتمع المباشر مع المتسبب كان الضمان على المباشر دون المتسبب»[١].

٢- قال سليمان الطوفي[٢]: «إذا اجتمع المتسبب والمباشر غلبت المباشرة، ووجب الضمان على المباشر، وانقطع حكم المتسبب»[٣].

٣- قال ابن رجب الحنبلي: «إذا استند إتلاف أموال الآدميين ونفوسهم إلى مباشرة وسبب تعلق الضمان بالمباشرة دون السبب، إلا أن تكون المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه، سواء كانت ملجئة إليه أم غير ملجئة، ثم إن كانت المباشرة والحالة هذه لا عدوان فيها بالكلية استقل السبب وحده بالضمان، وإن كان فيها عدوان شاركت السبب في الضمان»[٤].

٤- جاء في المادة (١٤٢٦) من مجلة الأحكام الشرعية ما نصه: «المباشر أولى بإحالة الحكم عليه من المتسبب»[٥]، وجاء في المادة التي تليها رقم (١٤٢٧)

---

(١) المغني (٥٦٨/١١). وانظر: (٤٥٥/١١، ٤٥٧، ٥٠٧، ٥٩٨، ٨٥/١٢).

(٢) هو الفقيه الأصولي نجم الدين أبو الربيع سليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم بن سعيد الطوفي الصرصري ثم البغدادي، ولد سنة ٦٥٧هـ بقرية طوفى من أعمال صرصر، قرأ على الشيخ شرف الدين الصرصري، ومحمد بن الحسين الموصلي، وسمع من ابن حمزة وغيره، ومن مؤلفاته: "مختصر الروضة"، و"شرحه"، و"بغية السائل في أمهات المسائل"، توفي ببيت المقدس سنة ٧١٦هـ.

انظر: طبقات الحنابلة (٣٦٦/٤)، الدرر الكامنة (١٥٤/٢)، شذرات الذهب (٣٩/٦).

(٣) شرح مختصر الروضة (٤٢٧/١).

(٤) تقرير القواعد (٥٩٧/٢). وانظر: تحفة أهل الطلب (ص١٤٧).

(٥) مجلة الأحكام الشرعية (ص٤٤٣).

ما نصه: «لا عبرة لمباشرة من لا يمكن إحالة الحكم عليه، ويكون الضمان على المتسبب»[١].

المطلب الثاني

في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة

المباشر: سبق تعريف المباشر في اللغة والاصطلاح[٢]، وأشير هنا باختصار إلى بعض ما ذكرته هناك.

فالمباشر في اللغة: اسم فاعل من المباشرة، وهي مأخوذة من البشرة، وهي ظاهر الجلد، يقال: (باشر الرجل زوجته) إذا تمتع ببشرتها، و(باشر الرجل الأمر) إذا تولاه بنفسه[٣].

وفي الاصطلاح: «هو الذي يحصل التلف من فعله دون أن يتخلل بينه وبين التلف فعل فاعل آخر»[٤].

أو يقال: «هو الذي يحصل الأثر بفعله»[٥].

المتسبب: سبق تعريف المتسبب في اللغة والاصطلاح[٦]، وأشير هنا باختصار إلى بعض ما ذكرته هناك.

---

(١) مجلة الأحكام الشرعية (ص٤٤٤).

(٢) كما في صفحة ٢٩٧-٢٩٨.

(٣) انظر: المصباح المنير (ص ١٩)، القاموس المحيط (ص ٤٤٧-٤٤٨).

(٤) درر الحكام (١/ ٩١).

(٥) المدخل الفقهي للزرقاء (٢/ ١٠٤٤).

(٦) كما في صفحة ٣١٤-٣١٥.

فالمتسبب في اللغة: اسم فاعل من التسبب، والسبب هو عبارة عن كل شيء يتوصل به إلى غيره[(١)].

وفي الاصطلاح: «هو الذي حصل التلف بفعله، وتخلل بين فعله والتلف فعل مختار»[(٢)].

أو يقال: «المتسبب في حادثة: هو الذي يفعل ما يؤدي إليها ولا يباشرها مباشرة»[(٣)].

المطلب الثالث

في المعنى الإجمالي للقاعدة

إذا اجتمع في إتلاف الشيء شخصان أحدهما مباشر للإتلاف، والآخر متسبب فيه، وذلك بأن يتخلل بين عمل المتسبب والإتلاف فعل شخص آخر مختار (هو المباشر)، فإن الضمان حينئذ يكون على المباشر للإتلاف[(٤)].

مثاله: من حفر بئرا لإنسان ليقع فيه، فجاءه آخر فألقاه فيه، فهذا مباشر والأول متسبب، فالضمان على الثاني دون الأول، تقديما للمباشرة على التسبب[(٥)].

---

(١) انظر: لسان العرب (١/٤٥٥-٤٦٠)، القاموس المحيط (ص ١٢٣).

(٢) غمز عيون البصائر (١/٤٦٦).

(٣) المدخل الفقهي للزرقاء (١/١٠٤٥).

(٤) انظر: درر الحكام (١/٩١)، المدخل الفقهي للزرقاء (٢/١٠٤٧).

(٥) انظر: المرجعين السابقين، والفروق (٢/٢٠٨).

المطلب الرابع
في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة

اتفق فقهاء الحنفية[١] والمالكية[٢] والشافعية[٣] والحنابلة[٤] من حيث الجملة على صحة القاعدة والعمل بها، وأنه إذا اجتمع مباشر ومتسبب في إتلاف شيء وجب الضمان على المباشر دون المتسبب، وذلك حينما تتوفر شروط إعمال القاعدة، كما سيأتي بيانها إن شاء الله تعالى.

والأصل في هذه القاعدة اتفاق الفقهاء عليها من حيث الجملة[٥]، وذلك مبني على اتفاقهم على أن الأصل أن يضاف الحكم إلى العلة المؤثرة التي بها يوجد الفعل، بخلاف السبب، فإنه قد يوجد السبب ولا يوجد الفعل[٦].

---

(١) انظر: المبسوط (٢٤/٧٣)، بدائع الصنائع (٧/٢٧٥)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص١٣٥)، الفوائد الزينية (ص٩٣)، مجمع الضمانات (١/٤٠٥)، درر الحكام (١/٩١)، الفرائد البهية (ص١٣١).

(٢) انظر: الإشراف (٢/٩٧٨)، الفروق (٢/٢٠٨، ٤/٢٨)، القواعد للمقري خ١٦٦، حاشية الدسوقي (٣/٤٤٤، ٤٥٢)، شرح المنهج المنتخب (ص ٥٣٧).

(٣) انظر: معالم السنن (٦/٣٠٩)، الحاوي (٤/٣٠٨، ١٢/٣٧١، ١٣/٣٦٤)، العزيز (٥/٣٩٩)، روضة الطالبين (٥/٤)، المنثور (١/١٣٣، ١٣٤)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٦٢).

(٤) انظر: المغني (١١/٤٥٥، ٤٥٧، ٥٠٧، ٥٦٨، ٥٩٨، ١٢/٨٥)، شرح مختصر الروضة (١/٤٢٧)، تقرير القواعد (٢/٩٧)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية (ص٩٨-٩٩)، الإرشاد للسعدي (ص ١٤٨).

(٥) كما في المراجع التي في الحواشي الأربعة السابقة.

(٦) انظر: كشف الأسرار (٤/٣٠٦)، شرح القواعد (ص٤٤٧)، الفروق (٢/٢٠٨)، المستصفى (١/١٧٧)، شرح مختصر الروضة (١/٤٢٧)، شرح الكوكب المنير (١/٤٤٨).

وفي ذلك يقول الشيخ أحمد الزرقا: «... لما تقدم في المادة السابقة من أن الفاعل هو العلة المؤثرة، والأصل في الأحكام أن تضاف إلى عللها المؤثرة لا إلى أسبابها الموصلة؛ لأن تلك أقوى وأقرب؛ إذ المتسبب هو الذي تخلل بين فعله والأثر المترتب عليه من تلف أو غيره فعل فاعل مختار، والمباشر هو الذي يحصل الأثر بفعله من غير أن يتخلل بينهما فعل فاعل مختار، فكان أقرب لإضافة الحكم إليه من المتسبب»[1].

ويؤيد هذا الأصل قوله جلَّ وعلا: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾[2].

وكذلك ما جاء عن عمرو بن الأحوص[3] رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول في حجة الوداع للناس: (... **ألا لا يجني جان إلا على نفسه، ألا لا يجني جان على ولده، ولا مولود على والده...**)[4].

فإنه يستدل بهذه الآية الكريمة والحديث النبوي الشريف على المبدأ العام الذي ينص على عدم مساءلة الإنسان عن ضرر أو تلف يحدثه غيره، ولا يدَ له

---

(١) شرح القواعد (ص٤٤٧).

(٢) سورة الأنعام، الآية [١٦٤].

(٣) هو الصحابي الجليل أبو سليمان عمرو بن الأحوص بن جعفر بن كلاب الجشمي؛ من بني جشم بن سعد، وقيل: إنه أنصاري، روى عن النبي ﷺ، وشهد معه حجة الوداع، وشهد اليرموك في زمن عمر ﷺ، وروى عنه ابنه سليمان.
انظر: الطبقات الكبرى (١٢٧/٦)، الإصابة (٢٨٣/٤)، تهذيب التهذيب (٣/٨).

(٤) أخرجه أحمد في المسند (٤٩٨/٣-٤٩٩)، والترمذي في سننه: كتاب الفتن، باب ما جاء «دماؤكم وأموالكم عليكم حرام» (٤٠١/٤) برقم ٢١٥٩، وفي كتاب تفسير القرآن، باب ومن سورة التوبة (٢٥٥/٥) برقم ٣٠٨٧، وابن ماجه في سننه: كتاب المناسك، باب الخطبة يوم النحر (٤٨٦/٣) برقم ٣٠٥٥، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح، وصحّحه الألباني في إرواء الغليل (٣٣٢/٧-٣٣٤).

فيه، ويدخل في ذلك عدم مطالبة المتسبب بالضمان مع وجود المباشر للتلف؛ لأن المباشر هو المتلف الحقيقي، فوجب عليه تحمل تبعة فعله، بخلاف المتسبب، فإنه لا يسأل عن تلف أحدثه غيره[1].

المطلب الخامس

أحوال اجتماع المباشرة والتسبب، مع ذكر الفروع المندرجة تحت كل منها

إذا اجتمع مباشر ومتسبب في إتلاف شيء، فلا يخلو الأمر من ثلاث حالات[2]:

الحال الأولى: أن يكون الضمان على المباشر دون المتسبب:

وهذا هو الأصل العام الذي اتفق عليه الفقهاء، كما ذكرته في المطلب السابق.

ومن الفروع المندرجة تحتها ما يأتي:

١ - إذا حفر رجل بئراً في الطريق العام، فألقى أحدٌ حيوان شخص في ذلك البئر، فإن الضمان يجب على الملقي، ولا شيء على حافر البئر؛ لأن حفر البئر بحد ذاته لا يستوجب تلف الحيوان، ولو لم ينضم إليه فعل المباشر - وهو إلقاء الحيوان في البئر - لما تلف الحيوان بحفر البئر فقط[3].

---

(١) انظر: الضمان في الفقه الإسلامي (١/٥٧-٥٨).

(٢) انظر: العزيز (١٠/١٣٥)، روضة الطالبين (٩/١٣٣-١٣٥)، تقرير القواعد (٢/٥٩٧)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية (ص٩٨-٩٩)، تحفة أهل الطلب (ص١٤٧)، الضمان في الفقه الإسلامي (١/٨٥)، ضمان العدوان (ص٢٥٠-٢٥١).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص١٣٥)، شرح المجلة (ص٥٩)، درر الحكام (١/٩١)، شرح القواعد (ص٤٤٧)، الفروق (٢/٢٠٨، ٤/٢٧-٢٨)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٦٢)، تقرير القواعد (٢/٥٩٨).

٢- إذا دلّ شخص لصاً على مال لآخر ليسرقه، فسرقه اللص، فليس على الدال ضمان، وإنما الضمان على اللص[1].

٣- إذا فتح شخص باب دار لآخر وفك فرسه من قيوده، فجاء لص وسرق الفرس، فالضمان على السارق[2].

٤- إذا أمسك شخص بآخر وجاء ثالث فاغتصب ما مع الرجل من نقود؛ فالضمان على المغتصب المباشر لاستلاب المال دون الآخر المتسبب بذلك[3].

٥- إذا أكل المالك طعامه المغصوب جاهلا به؛ فلا ضمان على الغاصب. وكذا لو قدمه الغاصب للمالك على أنه ضيافة فأكله، فإن الغاصب يبرأ[4].

٦- إذا نفر صيداً حرميّاً حتى خرج إلى الحل، وقتله محرم، فالجزاء على القاتل؛ لأنه مباشر[5].

٧- إذا فتح قفصاً عن طائر، فاستقر بعد فتحه، فجاء آخر فنفره، فالضمان على المنفر وحده[6].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص١٣٥)، شرح المجلة (ص٥٩)، درر الحكام (١/ ٩١)، شرح القواعد (ص٤٤٨)، روضة الطالبين (٥/ ٦)، مغني المحتاج (٢/ ٢٧٨-٢٧٩)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية (ص٩٩).

(٢) انظر: شرح المجلة (ص ٥٩)، درر الحكام (١/ ٩١)، روضة الطالبين (٥/ ٦)، مغني المحتاج (٢/ ٢٧٨-٢٧٩).

(٣) انظر: درر الحكام (١/ ٩١).

(٤) انظر: المنثور (١/ ١٣٣)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٦٢).

(٥) انظر: المنثور (١/ ١٣٤).

(٦) انظر: تقرير القواعد (٢/ ٥٩٨).

٨- إذا رمى معصوماً من شاهق، فتلقاه آخر بسيف، فقده به، فالقاتل هو الثاني دون الأول[١].

٩- إذا قلب الوعاءَ غيرُ الفاتح، فخرج ما فيه من سمن أو عسل أو نحوهما، فالضمان عليه دون الفاتح؛ لأنه المباشر والفاتح متسبب[٢].

الحال الثانية: أن يكون الضمان على المتسبب دون المباشر:

وذلك إذا كانت المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه - سواء كانت ملجئة إليه أم غير ملجئة - ولم يوجد عدوان في المباشرة.

ومن الفروع المندرجة تحتها ما يأتي:

١- إذا تماسك شخصان، فأمسك أحدهما بلباس الآخر، فسقط منه شيء – كساعة مثلا – فانكسرت؛ فيترتب الضمان على الشخص الذي أمسك بلباس الرجل، رغما عن كونه متسببا، والرجل الذي سقطت منه الساعة مباشر؛ لأن السبب هنا قد أفضى إلى التلف مباشرة دون أن يتوسط بينهما فعل فاعل آخر[٣].

٢- إذا دلّ المودَع لصاً على مكان الوديعة التي أودعت عنده، فسرقها اللص، فالضمان على المودَع المتسبب، لتقصيره بحفظ الوديعة[٤].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٦٢)، تقرير القواعد (٢/٥٩٨).

(٢) انظر: مغني المحتاج (٢/٢٧٨).

(٣) انظر: درر الحكام (١/٩٢).

(٤) انظر: المرجع السابق. و الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص١٣٦)، شرح المجلة (ص ٥٩)، شرح القواعد (ص٤٤٨)، المنثور (١/١٣٤).

٣- إذا رجع الشهود عن شهادتهم بعد أن حكم الحاكم بمقتضاها، فإن الضمان يترتب على الشهود المتسببين دون الحاكم المباشر[١].

٤- إذا دفع إلى صبي سكينا ليمسكه له، فوقعت عليه فجرحته، كان الضمان على الدافع[٢].

٥- إذا دلّ محرم حلالا على صيد، فقتله، وجب الجزاء على الدال[٣].

٦- إذا أكره شخص على إتلاف مال الغير، فقيل: إن الضمان يجب على المكرِه[٤].

٧- إذا قدَّم شخص لآخر طعاما مسموما عالما به، فأكله وهو لا يعلم بالحال، فالقاتل هو المقدِّم، وعليه القصاص والدية[٥].

٨- إذا استأجره لحمل طعام معين على دابة، وسلمه زائداً، فحمله المؤجر جاهلا بالحال، بأن قال له: عشرة، فكان أحد عشر، فتلفت الدابة، ضمنها المستأجر، لأجل تغريره به[٦].

٩- إذا غصب شاة، وأمر قصابا بذبحها، وهو جاهل بالحال، فقرار الضمان على الغاصب[٧].

---

(١) انظر: درر الحكام (١/ ٩٢)، الفروق (٢/ ٢٠٨)، روضة الطالبين (٩/ ١٣٣)، المغني (١٢/ ١٠٠)، تقرير القواعد (٢/ ٥٩٩-٦٠٢)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية (ص٩٨).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص١٣٦)، شرح المجلة (ص ٥٩)، شرح القواعد (ص ٤٤٨).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص١٣٦)، المنثور (١/ ١٣٤).

(٤) انظر: تقرير القواعد (٢/ ٦٠٢).

(٥) انظر: الفروق (٢/ ٢٠٨)، تقرير القواعد (٢/ ٥٩٩).

(٦) انظر: المنثور (١/ ١٣٥)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٦٢).

(٧) انظر: المرجعين السابقين.

١٠- إذا أفتاه المفتي بإتلاف شيء، فأتلفه، ثم تبيَّن خطؤه، فإن كان المفتي أهلا للفتوى فالضمان عليه، وإلا فلا؛ لأن المستفتي مقصر(١).

١١- إذا أوقف ضيعة على قوم، فصرفت غلتها إليهم، فخرجت مستحقة، ضمن الواقف، لتغريره(٢).

١٢- إذا قتل الجلاد شخصا بأمر الإمام ظلماً، وهو جاهل، فالضمان على الإمام(٣).

١٣- إذا قال رجل لأهل السوق: بايعوا ابني هذا فقد أذنت له بالتجارة، ثم ظهر أنه ابن الغير، رجعوا على الرجل بما تضرروا به(٤).

١٤- إذا وثبت هرة بمجرد فتح القفص، ودخلته وقتلت الطائر، وجب الضمان على الفاتح، وكذلك إذا فتح القفص فخرج الطائر، فاضطرب القفص وسقط وانكسر، لزم الفاتح ضمانه، وكذلك لو كسر الطائر في خروجه قارورة رجل لزم الفاتح ضمانها؛ لأنه ناشئ عن فعله(٥).

١٥- إذا أكل إنسان طعاما مغصوبا جاهلا أنه مغصوب، فإن الغاصب هو الضامن، لتسببه بهذا الإتلاف، ما لم يكن عديما أو لم يقدر على تغريمه، فعندئذ يكون الضامن هو المباشر(٦).

---

(١) انظر: المرجعين السابقين.

(٢) انظر: المرجعين السابقين.

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٦٢).

(٤) انظر: الدر المختار مع حاشيته (١٤٥/٥).

(٥) انظر: روضة الطالبين (٥/٥-٦)، مغني المحتاج (٢٧٨/٢).

(٦) انظر: جواهر الإكليل (١٤٨/٢).

١٦- إذا سأل سائق سيارة شرطي المرور عن جواز وقف سيارته في مكان معين، فأجابه بالإيجاب، ثم تبين عدم جواز الوقوف، وتحمل السائق غرامة مالية بسبب ذلك، فإن الضمان يجب على شرطي المرور(١).

وبعد هذه الأمثلة أسوق كلاماً للشيخ مصطفى الزرقا، ذكر فيها أحوالا ستاً، يكون فيها المتسبب أولى بالضمان من المباشر.

قال الشيخ مصطفى الزرقا: «نستنتج من استقراء الأمثلة التفصيلية السابقة من فقه المذاهب، أن المتسبب يكون أولى بتحمل مسئولية الفعل الضار من المباشر في الأحوال الست التالية:

(أ) إذا كانت المباشرة مبنية على التسبب (كما في الفرع الثالث).

(ب) إذا توافر سوء القصد في المتسبب دون المباشر (كما في الفرع السادس والخامس عشر).

ويلاحظ أنه لا يشترط لمسئولية المتسبب ولا المباشر تحقق العدوان، بمعنى فعل غير مشروع، بل يكفي التعدي بمعنى التجاوز للحدود الشرعية ولو دون قصد، لكن توافر العدوان في التسبب، يجعل المتسبب أجدر بالمسئولية من المباشر.

والمقصود بتوافر سوء القصد في العمل غير المشروع، أن يكون في العادة لا يفعل، إلا لأجل أذى الغير (كدس السم في الطعام)، وليس المراد منه النية الخفية التي يصعب إثباتها.

(جـ) إذا كان التسبب من قبيل التغرير بالمباشر، وكان معذورا في اغتراره (كما في الفرع السابع والثامن والثاني عشر والسادس عشر).

---

(١) انظر: الفعل الضار (ص ٩٢).

(د) إذا لابس التسبب ما يقتضي تشديد مسئولية المتسبب، كالخيانة مثلا، أو لابس المباشرة ما يقتضي تخفيف مسئولية المباشر كنقص الأهلية، أو كون التسبب هو الدافع (كما في الفرع الثاني والثالث والرابع والرابع عشر).

(هـ) إذا تعذر تضمين المباشر (كما في الفرع الرابع والرابع عشر والخامس عشر).

(و) إذا كان التسبب بطريق الإكراه للمباشر، ويلاحظ أن في هذا الحكم خلافاً مشهورا بين المذاهب، بل حتى في المذهب الواحد»[(١)].

هذا، وقد جاء في المادة (١٤٢٧) من مجلة الأحكام الشرعية ما نصه: «لا عبرة لمباشرة من لا يمكن إحالة الحكم عليه، ويكون الضمان على المتسبب»[(٢)].

الحال الثالثة: أن يشترك في الضمان كل من المباشر والمتسبب:

وذلك إذا كانت المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه، سواء كانت ملجئة إليه أم غير ملجئة.

ومن الفروع المندرجة تحتها ما يأتي:

١- إذا أكره رجل على قتل آخر ظلماً، فقتله، فإن القود والضمان يجب على الاثنين: المُكرِه والمُكرَه[(٣)].

---

(١) الفعل الضار (ص ٩١-٩٢) بتصرف.

(٢) مجلة الأحكام الشرعية (ص٤٤٤).

(٣) انظر: الفروق (٢/٢٠٨)، روضة الطالبين (٩/١٣٥)، المغني (١١/٤٥٥)، تقرير القواعد (٢/٦٠٦).

٢- إذا أكره رجلٌ آخر على إتلاف مال الغير، فإن الضمان يجب على المكرِه والمتلِف[١].

٣- إذا أمسك شخص رجلاً ليقتله آخر، فقتله، فإنهما يشتركان في الضمان والقود[٢].

٤- إذا كان اثنان مع دابة، بأن كان أحدهما سائقاً، والآخر راكباً، فوطئت الدابة شيئاً فأتلفته، فإنهما يشتركان في الضمان، مع أن السائق متسبب والراكب مباشر[٣].

٥- إذا نخس[٤] دابة شخص بأمر راكبها، فوطئت في فورها شيئاً فأتلفته، فالضمان عليهما؛ لأن سيرها في تلك الحال مضاف إليهما؛ إذ الناخس سائق، والآمر راكب[٥].

٦- إذا حفر إنسان بئرا لإتلاف دابة شخص، فرداها في الحفرة غير الحافر، فإن الحافر المتسبب والمردي المباشر يشتركان في الضمان[٦].

٧- لو دل المودَع لصاً على الوديعة، فسرقها، فالضمان على الاثنين المودَع والسارق[٧].

---

(١) انظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٤٤٤)، تقرير القواعد (٢/٦٠٢-٦٠٣).

(٢) انظر: المغني (١١/٥٩٦)، تقرير القواعد (٢/٦٠٢).

(٣) انظر: تبيين الحقائق (٦/١٥٠)، شرح القواعد (ص ٤٤٨).

(٤) نخس: أي طعن وغرز بعود أو غيره، يقال: نخس الدابة نخساً، إذا طعن أو غرز مؤخرها أو جنبها بعود ونحوه. انظر: المصباح المنير (ص ٢١٦)، القاموس المحيط (ص ١٧١٩).

(٥) انظر: تبيين الحقائق (٦/١٥٠).

(٦) انظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٤٤٤-٤٤٥).

(٧) انظر: تقرير القواعد (٢/٦٠٧).

٨- لو دلّ المحرم محرماً آخر على صيد، فقتله، فالضمان عليهما[١].

٩- لو أحرم وفي يده المشاهدة صيد، وتمكن من إرساله، فلم يفعل حتى قتله محرم آخر، فالضمان عليهما، على الأول باليد، وعلى الثاني بالمباشرة[٢].

ومن خلال استقراء الأمثلة السابقة والنظر في كلام العلماء، يمكن أن أشير إلى بعض الأحوال التي يشترك فيها المباشر والمتسبب في الضمان إذا اجتمعا في التلف، مع ما قد يوجد بينهما من التداخل، وهذه الأحوال هي:

١- أن يعمل السبب في الإتلاف، إذا انفرد عن المباشرة، فإن المباشر والمتسبب يشتركان حينئذ في الضمان (كما في الفرع الرابع والخامس).

يقول عثمان الزيلعي: «... إن السبب إنما لا يضمن مع المباشر، إذا كان السبب لا يعمل بانفراده في الإتلاف، كما في الحفر مع الإلقاء، فإن الحفر لا يعمل شيئاً بدون الإلقاء، وأما إذا كان السبب يعمل بانفراده فيشتركان»[٣].

٢- أن تكون المباشرة مغمورة، فإن الضمان يجب عليهما، ولا تغلب المباشرة، لقوة التسبب (كما في الفرع الأول والثاني).

يقول أحمد القرافي: «... تقديما للمباشرة على التسبب؛ لأن شأن الشريعة تقديم الراجح عند التعارض، إلا أن تكون المباشرة مغمورة، كقتل المكره، فإن القصاص يجب عليهما، ولا تغلب المباشرة، لقوة التسبب»[٤].

---

(١) انظر: تقرير القواعد (٢/٦٠٧).

(٢) انظر: المرجع السابق.

(٣) تبيين الحقائق (٦/١٥٠). وانظر: شرح القواعد (ص ٤٤٨)، الضمان في الفقه الإسلامي (١/٨٣).

(٤) الفروق (٢/٢٠٨).

٣- أن يكون المتسبب قد قصد إلى إتلاف مال معين بفعله، فجاء آخر فباشر الإتلاف، فإن الضمان يجب على المباشر والمتسبب[1] (كما في الفرع الثالث والسادس).

٤- أن يعتدل السبب والمباشرة، وذلك بأن يتساوى أثر المباشرة والتسبب في إحداث التلف؛ فهنا يشتركان في الضمان[2] (كما في الفرع الأول والثاني).

٥- أن تكون المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه - سواء كانت ملجئة إليه أم غير ملجئة - ووجد عدوان في المباشرة، فهنا يشترك كل من المباشر والمتسبب في الضمان[3] (كما في الفرع الأول والثاني والثالث والثامن والتاسع).

وبعد ذكر هذه الأحوال الثلاث يتضح لنا أن القاعدة عند اجتماع المباشر والمتسبب في الإتلاف أن يكون الضمان على المباشر دون المتسبب؛ لأن المباشرة أقوى وألصق بالفعل.

ويستثنى من هذه القاعدة بعض الفروع الفقهية في بعض الأحوال، تقدم بيانها في الحالين الثانية والثالثة.

---

(١) انظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٤٤٤-٤٤٥، ٤/٢٤٣-٢٤٥)، الضمان في الفقه الإسلامي (١/٨٤).

(٢) انظر: العزيز (١٠/١٣٩-١٤٠)، روضة الطالبين (٩/١٣٥)، ضمان العدوان (ص٢٥١).

(٣) انظر: العزيز (١٠/١٤٠)، تقرير القواعد (٢/٥٩٧)، الضمان في الفقه الإسلامي (١/٨٥-٨٦).

المبحث الرابع

قاعدة: يضاف الفعل إلى الفاعل لا إلى الآمر ما لم يكن مجبرا

هذه إحدى القواعد الفقهية المتعلقة باجتماع المباشرة والتسبب، ويمكن دراستها من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول

في صيغ القاعدة

وجدت لهذه القاعدة ثلاث صيغ، ذكرها فقهاء المذهب الحنفي، أما المذاهب الأخرى فلم أقف لهم على صيغ للقاعدة حسب اطلاعي.

وهذه الصيغ هي - حسب الترتيب الزمني -:

أولاً: «الآمر لا يضمن بالأمر إلا في خمس».

ذكرها ابن نجيم الحنفي في الأشباه والنظائر[١]، وتبعه عليها محمود حمزة في كتابه "الفرائد البهية"[٢].

ثانياً: «لا يضمن الآمر بالأمر إلا في مسائل».

ذكرها ابن نجيم الحنفي في الفوائد الزينية[٣]، وهي نفس الصيغة السابقة، إلا أنه قدم الفعل - هنا - على الفاعل.

ثالثاً: «يضاف الفعل إلى الفاعل لا إلى الآمر ما لم يكن مجبراً».

---

(١) (ص٢٤٢). وانظر: (ص٢٤٤)، وغمز عيون البصائر (٣/٢١٠، ٢٢٢)، وموسوعة القواعد للبورنو (٢/٢٦٧).

(٢) (ص١٣٩).

(٣) (ص٩٦).

ذكرها واضعو مجلة الأحكام العدلية[١].

المطلب الثاني

في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة

يضاف: أي يسند، فالإضافة هي الضم والميل، يقال: (أضافه إلى الشيء إضافة) إذا ضمه إليه وأماله، وكل ما أميل إلى شيء وأسند إليه فقد أضيف[٢].

الفعل: أي ما صدر من فاعل على وجه التعدي على حق من حقوق غيره نفسا أو مالا[٣].

الآمر: اسم فاعل من الأمر، وهو في اللغة: الطلب، وهو ضد النهي[٤].

وفي الاصطلاح: استدعاء الفعل بالقول على وجه الاستعلاء[٥].

مجبراً: من الإجبار، وهو القهر والإكراه، يقال: (أجبره على الأمر) إذا أكرهه عليه[٦].

والإكراه في اصطلاح الفقهاء: «هو الضغط على إنسان بوسيلة مرهبة أو بتهديده بها لإجباره على فعل أو ترك». وهو نوعان:

---

(١) انظر: شرح المجلة (ص ٥٨)، درر الحكام (١/٩٠)، شرح القواعد (ص ٤٤٣).

(٢) انظر: لسان العرب (٩/٢١٠)، المصباح المنير (ص ١٣٩)، القاموس المحيط (ص ١٠٧٣).

(٣) انظر: المدخل الفقهي للزرقاء (٢/١٠٤٢)، الوجيز للبورنو (ص٣٢٧).

(٤) انظر: لسان العرب (٤/٢٧)، القاموس المحيط (ص ٤٣٩).

(٥) روضة الناظر (٢/٥٩٤). وانظر: المستصفى (٢/٦١)، البحر المحيط (٢/٣٤٥).

(٦) انظر: لسان العرب (٤/١١٣)، المصباح المنير (ص٣٥)، القاموس المحيط (ص ٤٦٠).

* إكراه ملجئ أو تام: «وهو ما يخشى فيه إتلاف عضو أو نفس أو حبس طويل أو ضرب شديد مبرح».

* والثاني: إكراه غير ملجئ أو ناقص: «وهو ما كانت وسيلته لا توجب إلا ألما خفيفاً أو غماً يسيراً»[1].

المطلب الثالث

في المعنى الإجمالي للقاعدة

إن كل ما يصدر من فعل عن فاعل ما، يجعل ذلك الفاعل متحملا لضمان ما صدر عنه من فعل، ما لم يكن مكرها إكراهاً ملجئا، ولا يتحمل الآمر - الذي أمر الفاعل بإيقاع الفعل - شيئاً من الضمان.

أما إذا أكره الآمر الفاعلَ إكراها ملجئا بذلك الفعل، فإن الضمان حينئذ يجب على الآمر لا الفاعل[2].

وعلى هذا فإن هناك فرقاً بين الأمر بالفعل، والإكراه على الفعل، فإن الأمر بالفعل لا يكون المأمور فيه مكرها على الفعل؛ لأنه يفعله مختاراً، فيتحمل الضمان، بخلاف الإكراه على الفعل، فإنه يفعله بغير اختيار، فيكون الضمان على الآمر المكرِه.

---

(١) الفعل الضار (ص ١٠٨)، المدخل الفقهي للزرقاء (١/٣٦٨-٣٦٩). وانظر: بدائع الصنائع (١٧٥/٧)، حاشية الدسوقي (٤/٢٤٢، ٢٤٤)، البحر المحيط (١/٣٥٥، ٣٥٨، ٣٦٣)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٢٠٨-٢١٠)، شرح الكوكب المنير (١/٥٠٨-٥٠٩).

(٢) انظر: الوجيز للبورنو (ص٣٢٧).

المطلب الرابع
في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة

يحسن بي أن أقسم هذه القاعدة إلى شقين، حتى تتضح صورتها جيدا، وذلك على النحو الآتي:

الشق الأول: أن يأمر شخص شخصاً آخر بإتلاف مال لغيره دون إكراه:

اتفق الفقهاء[1] - من حيث الجملة - على أنه إذا أمر شخص شخصاً آخر بإتلاف مال لغيره دون إكراه، فإن الضمان يجب على الفاعل المتلف، وليس على الآمر. وذلك بشروط أربعة:

١- أن لا يكرِه الآمر الفاعل إكراها ملجئا[2].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (١٧٩/٧)، الهداية مع فتح القدير (١٧٦/٨-١٧٧)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٤٢، ٢٤٤)، الفوائد الزينية (ص ٩٦)، مجمع الضمانات (٣٦٧/١، ٣٦٨)، حاشية رد المحتار (٢١٤/٦، ١٣٥)، الفرائد البهية (ص١٣٩)، شرح المجلة (ص ٥٨)، درر الحكام (٩٠/١)، شرح القواعد (ص ٤٤٣)، المعونة (١٣١١/٣)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٣٦١-٣٦٢)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢٤٤/٤، ٢٤٦)، منح الجليل (٢٣/٩، ٢٨)، التهذيب للبغوي (٦٥/٧)، روضة الطالبين (١٣٩/٩، ١٤٠)، مغني المحتاج (١١/٤)، المغني (٤٥٧/١١، ٥٩٨-٥٩٩)، المبدع (٢٥٧/٨-٢٥٨)، الإنصاف مع المقنع (٥٨/٢٥، ٦٠، ٦٣)، المحلى (١٦٩/١١).

(٢) فإن أكرهه إكراها ملجئا فسيأتي حكمه في الشق الثاني.

انظر: بدائع الصنائع (١٧٩/٧)، الهداية مع فتح القدير (١٧٦/٨-١٧٧)، حاشية رد المحتار (١٣٥/٦)، شرح المجلة (ص ٥٨)، شرح القواعد (ص ٤٤٣-٤٤٤)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢٤٦/٤)، منح الجليل (٢٨/٩)، التهذيب للبغوي (٦٨/٧)، روضة الطالبين (١٣٩/٩-١٤١)، المبدع (٢٥٧/٨-٢٥٨)، الإنصاف مع المقنع (٥٨/٢٥، ٦٠)، المحلى (١٦٩/١١).

٢- أن يكون المأمور - الفاعل - بالغا عاقلا[(١)].

٣- أن يعلم الفاعل أن أمر الآمر غير صحيح[(٢)].

٤- أن لا يكون الفعل المأمور به لمصلحة الآمر، وإلا كان الأمر عندئذ في حكم الوكالة يقوم فيها المأمور مقام الآمر في حدود الأمر، وينفذ عليه تصرفه[(٣)].

---

(١) فإن كان المأمور صبيا أو غير عاقل فالضمان في مال الصبي، إلا أن لوليه الرجوع على الآمر بما دفعه من مال الصبي إذا كان الآمر بالغا عاقلا، أما إذا كان الآمر صغيرا أو غير عاقل فلا يرجع عليه.

انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٤٢، ٢٤٤)، الفوائد الزينية (ص ٩٦)، مجمع الضمانات (١/٣٦٨)، حاشية رد المحتار (٦/٢١٤)، الفرائد البهية (ص١٣٩)، شرح المجلة (ص ٥٨)، درر الحكام (١/٩١)، شرح القواعد (ص ٤٤٣، ٤٤٤)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٤/٢٤٦)، منح الجليل (٩/٢٨)، التهذيب للبغوي (٧/٦٧، ٦٨)، روضة الطالبين (٩/١٤٠، ١٤١)، المغني (١١/٥٩٨)، المبدع (٨/٢٥٧)، الإنصاف مع المقنع (٢٥/٥٧، ٥٩)، المحلى (١١/١٦٩).

(٢) فإن اعتقد صحة أمر الآمر فإن الفاعل يضمن ويرجع بما ضمنه على الآمر، كما لو قال شخص لآخر: احفر في حائطي - وهو ليس بحائط الآمر - فحفر ظنا منه أنه للآمر؛ فالضمان على الحافر ويرجع به على الآمر.

انظر: الفوائد الزينية (ص ٩٦)، مجمع الضمانات (١/٣٦٧، ٣٦٨، ٣٦٩)، حاشية رد المحتار (٦/٢١٤)، شرح المجلة (ص ٥٨-٥٩)، درر الحكام (١/٩٠-٩١)، شرح القواعد (ص ٤٤٤)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٤/٢٤٦)، التهذيب للبغوي (٧/٦٧، ٦٨)، روضة الطالبين (٩/١٣٩، ١٤٠)، المغني (١١/٥٩٨، ٥٩٩)، المبدع (٨/٢٥٨)، الإنصاف مع المقنع (٢٥/٥٧-٥٨)، المحلى (١١/١٦٩).

(٣) كما لو أمره بقضاء دين على الآمر، أو بالإنفاق عليه أو بناء داره مثلا؛ فإن المأمور عندئذ يكون كوكيل يرجع عليه بما دفع أو أنفق.

انظر: شرح القواعد (ص٤٤٥)، المدخل الفقهي للزرقاء (٢/١٠٤٣).

وقد ذكروا لذلك بعض التعليلات، أذكرها كما يأتي:

١ - «إن الأمر أو الإكراه الناقص لا يجعل المأمور أو المكرَه آلة الآمر أو المكرِه؛ لأنه لا يسلب الاختيار أصلا، فكان الإتلاف من المأمور أو المكرَه، فكان الضمان عليه»[١].

٢ - «إن الأمر في التصرف في ملك الغير باطل، ومتى بطل الأمر لم يضمن الآمر»[٢]، فيكون الضمان على الفاعل.

٣ - «إن الآمر - في هذه المسألة - سبب، والفاعل علة، والأصل في المعلولات أن تضاف إلى عللها؛ لأنها هي المؤثرة فيها، لا إلى أسبابها؛ لأنها موصلة إليها في الجملة، والموصل دون المؤثر»[٣].

٤ - «إن الفاعل متلف ظلما من غير إكراه؛ فتعلق الضمان به، كما لو لم يؤمر»[٤].

ويمكن أن يستدل لهم بأدلة قاعدة: «من لم يجن لا يطالب بجناية من جنى»[٥]، وهذه بعضها باختصار:

١ - قال جل ذكره: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا ۚ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾[٦].

---

(١) بدائع الصنائع (٧/١٧٩) بتصرف. وانظر: الهداية مع فتح القدير (٨/١٧٧)، حاشية رد المحتار (٦/١٣٥-١٣٦)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٤/٢٤٦).

(٢) شرح القواعد (ص ٤٤٣).

(٣) المرجع السابق.

(٤) انظر: المغني (١١/٤٥٧، ٥٩٩)، المبدع (٨/٢٥٧).

(٥) الآتية في صفحة ٦٥١.

(٦) سورة الأنعام، الآية [١٦٤].

٢- قال الله عزّ وجلّ: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾[١].

٣- قال الله تبارك وتعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾[٢].

٤- عن عمرو بن الأحوص ﷺ قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول في حجة الوداع: **(ألا لا يجني جان إلاّ على نفسه؛ لا يجني والد على ولده، ولا مولود على والده)**[٣].

٥- عن أسامة بن شريك[٤] ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: **(لا تجني نفس على أخرى)**[٥].

وجه الدلالة من هذه الآيات الكريمة والأحاديث النبوية الشريفة: أن الشارع الحكيم بيّن أن كلّ إنسان مسؤول عن عمله، ويتحمل ما يترتب عليه من ضمان وغيره.

---

(١) سورة المدثر، الآية [٣٨].

(٢) سور البقرة، الآية [٢٨٦].

(٣) تقدم تخريجه صفحة ٤٠٧.

(٤) هو الصحابي الجليل أسامة بن شريك الثعلبي، من بني ثعلبة بن يربوع، وقيل: من بني ثعلبة بن سعد، وقيل غير ذلك، وهو ممن نزل الكوفة، روى عن النبي ﷺ وعن أبي موسى الأشعري ﷺ، وذكر غير واحد أن زياد بن علاقة تفرد بالرواية عنه، وقيل: بل روى عنه أيضا علي بن الأقمر.

انظر: تهذيب الكمال (٢/٣٥١-٣٥٢)، الإصابة (١/٢٩-٣٠).

(٥) أخرجه ابن ماجه في سننه: كتاب الديات، باب لا يجني أحد على أحد (٢٨٨/٣) برقم (٢٦٧٢)، وقال البوصيري في زوائد ابن ماجه (ص٣٦٠): «هذا إسناد صحيح»، وقال الألباني في إرواء الغليل (٣٣٥/٧): «إسناده حسن».

الشق الثاني: أن يكره شخص شخصاً آخر بإتلاف مال لغيره إكراهاً ملجئاً:

اختلف الفقهاء فيما إذا أكره شخص شخصاً آخر بإتلاف مال لغيره إكراها ملجئا، فمن الذي يتحمل الضمان؟

القول الأول: أن الضمان يجب على المكرَه الفاعل، وليس له حق الرجوع فيما ضمن على المكرِه الآمر. وهذا وجه عند الشافعية(١) ووجه عند الحنابلة(٢).

القول الثاني: أن الضمان يجب على المكره والمكره بالسوية. وهذا وجه عند الشافعية(٣) ووجه عند الحنابلة(٤) والظاهرية(٥).

القول الثالث: أن الضمان يجب على المكره والمكره معاً، لكن المباشر يقدم في الغرم على المتسبب، فلا يضمن المتسبب إلا إذا أعدم المباشر، وكل من غرم شيئاً منهما فلا رجوع له على صاحبه بشيء مما غرمه. هذا مذهب المالكية(٦).

القول الرابع: أن الضمان يجب على المكرِه الآمر. وهذا قول الحنفية(٧) والمذهب

---

(١) انظر: التهذيب للبغوي (٦٦/٧)، العزيز (١٥٠/١٠)، روضة الطالبين (١٤٢/٩).

(٢) انظر: تقرير القواعد (٦٠٢/٢-٦٠٣)، المبدع (١٩٠/٥)، الإنصاف مع المقنع (٢٩٨/١٥).

(٣) انظر: التهذيب للبغوي (٦٦/٧)، العزيز (١٥٠/١٠)، روضة الطالبين (١٤٢/٩).

(٤) انظر: تقرير القواعد (٦٠٢/٢-٦٠٣)، المبدع (١٩٠/٥)، الإنصاف مع المقنع (٢٩٨/١٥).

(٥) انظر: المحلى (١٦٨/١١).

(٦) انظر: جامع الأمهات (ص٤٠٩)، الفروق (٢٧/٤)، شرح المنهج المنتخب (ص٥٣٥، ٥٣٦)، حاشية الدسوقي (٤٤٤/٣)، منح الجليل (٨٦/٧-٨٧).

(٧) انظر: بدائع الصنائع (١٧٩/٧)، الهداية مع فتح القدير (١٧٦/٨-١٧٧)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٤٢، ٢٤٤)، الفوائد الزينية (ص ٩٦)، مجمع الضمانات (٣٦٧/١، ٣٦٨)، حاشية رد المحتار (٢١٤/٦، ١٣٥)، الفرائد البهية (ص١٣٩)، شرح المجلة (ص ٥٨)، درر الحكام (٩٠/١)، شرح القواعد (ص ٤٤٣، ٤٤٤).

عند الشافعية[١] ووجه عند الحنابلة عليه المذهب[٢].

دليل القول الأول:

علل أصحاب هذا القول لقولهم: بأن الضمان يلزم المكرَه الفاعل، كما لو اضطر إلى طعام غيره فأكله، فإنه يضمنه[٣].

وقد نوقش: «بأن هذا ضعيف جدا؛ لأن المضطر لم يلجئه إلى الإتلاف من يحال الضمان عليه»[٤].

أدلة القول الثاني:

علل أصحاب هذا القول لقولهم بما يأتي:

١- إن الضمان يجب على المكره والمكره بالسوية؛ لأنهما يشتركان في الإثم، فوجب أن يشتركا في الضمان[٥].

ونوقش: بأن الصحيح أنهما لا يشتركان في الإثم، بل إن المكرَه معذور في الإتلاف[٦]، ثم لو سلمنا أنهما يشتركان في الإثم فلا يلزم أن يشتركا في الضمان.

٢- إن الضمان يجب على المكره والمكره بالسوية قياسا على الإكراه على القتل[٧].

---

(١) انظر: التهذيب للبغوي (٦٦/٧)، العزيز (٣٩٩/٥، ١٥٠/١٠)، روضة الطالبين (١٤٢/٩).

(٢) انظر: تقرير القواعد (٦٠٢/٢-٦٠٣)، المبدع (١٩٠/٥)، الإنصاف مع المقنع (٢٩٨/١٥).

(٣) انظر: تقرير القواعد (٦٠٣/٢)، المبدع (١٩٠/٥).

(٤) تقرير القواعد (٦٠٣/٢).

(٥) انظر: المرجع السابق.

(٦) انظر: المرجع السابق (٦٠٣/٢، ٦٠٤)، الهداية مع فتح القدير (١٧٦/٨).

(٧) انظر: العزيز (١٥٠/١٠).

ونوقش: بأن المكرَه على إتلاف المال معذور في ذلك الفعل، فلم يلزمه ضمان، بخلاف المكرَه على القتل فإنه غير معذور؛ لأن حرمة الشخص أعظم من حرمة المال، بل ولا يجوز إتلاف نفس الغير لإبقاء نفسه، فلذلك فإنهما يشتركان في الضمان في القتل دون إتلاف المال[1].

أدلة القول الثالث:

علل أصحاب هذا القول لقولهم: بأن الضمان يجب على المكرَه والمكرِه، هذا لمباشرته وهذا لتسببه، لكن المكره الفاعل يقدم في الغرم على المكرِه الآمر؛ لأن المباشر يقدم على المتسبب[2].

نوقش: بأنه لا شك أن المباشرة مقدمة على التسبب، لكن ليس في جميع أحوالها؛ لأن التسبب قد يقوى على المباشرة - كما سبق -، فيحال الضمان على المتسبب، وذلك إذا كانت المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه -كما في مسألتنا هذه -[3].

أدلة القول الرابع:

علل أصحاب هذا القول لقولهم بما يأتي:

١ - «إن المتلف هو المكرِه من حيث المعنى، وإنما المكرَه بمنزلة الآلة على معنى أنه مسلوب الاختيار إيثارا وارتضاء، وهذا النوع من الفعل مما يمكن

---

(١) انظر: تقرير القواعد (٢/٦٠٣)، وحاشيته في الصفحة نفسها.

(٢) انظر: حاشية الدسوقي (٣/٤٤٤)، منح الجليل (٧/٨٦).

(٣) راجع قاعدة: (المباشر والمتسبب إذا اجتمعا في الإتلاف فالضمان على المباشر دون المتسبب) كما في صفحة ٣٣٣.

تحصيله بآلة غيره، بأن يأخذ المكرَه فيضربه على المال، فأمكن جعله آلة المكره، فكان التلف حاصلا بإكراهه، فكان الضمان عليه»[١].

٢- إن المكرَه على إتلاف المال معذور في ذلك الفعل، فلم يلزمه ضمان[٢].

القول المختار:

الذي يظهر - والعلم عند الله تعالى - أن أقرب الأقوال إلى الصواب القول الرابع، والذي يقضي بالضمان على المكرِه الآمر، وذلك للأسباب التالية:

١- صحة ما علل به أصحاب القول الرابع وقوته.

٢- ضعف تعليلات الأقوال الأخرى، وقد تقدمت مناقشتها.

المطلب الخامس

من فروع القاعدة

١- إذا أمر شخص شخصاً آخر بإتلاف مال لغيره، من دون إكراه، فإن الضمان يجب على الفاعل المتلف[٣].

٢- إذا أكره شخص شخصا آخر بإتلاف مال لغيره، إكراها ملجئا، فإن الضمان يجب على المكرِه الآمر[٤].

---

(١) بدائع الصنائع (١٧٩/٧). وانظر: الهداية مع فتح القدير (١٧٧/٨)، شرح القواعد الفقهية (ص٤٤٣)، المبدع (٢٥٧/٨).

(٢) انظر: تقرير القواعد (٦٠٣/٢).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (١٧٩/٧)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢٤٤/٤، ٢٤٦)، روضة الطالبين (١٣٩/٩، ١٤٠)، المغني (٤٥٧/١١، ٥٩٨-٥٩٩).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (١٧٩/٧)، العزيز (٣٩٩/٥، ١٥٠/١٠)، تقرير القواعد (٦٠٢/٢-٦٠٣).

٣- لو أمر غيره أن يذبح له شاة غيره، فذبحها مع علمه أنها ليست له، وجب ضمانها على الذابح(١).

٤- إذا أمر رجلاً أن يخرق ثوب زيد، فخرقه مع علمه أنه لزيد، وجب ضمانه على المخرق(٢).

٥- إذا استأجر نجاراً ليسقط جداره على قارعة الطريق، ففعل وتلف به إنسان، فإن الضمان على النجار لعدم صحة الأمر(٣).

٦- إذا أمر إنسانا بأخذ مال الغير؛ فالضمان على الآخذ؛ لأن الأمر لم يصح(٤).

٧- إذا قال لآخر: ادفع إلى هذا الرجل ديناراً، فدفع بحضرته، لا يرجع على الآمر، إلا إذا كان بيّن الآمر للمأمور(٥).

٨- لو أمر شخص آخر بحفر حفرة في الطريق العام، فوقع فيها حيوان، كان المأمور هو المسؤول الضامن(٦).

٩- إذا أمر شخص إنسانا ليرتكب جريمة سرقة، كان المأمور هو المسؤول الضامن(٧).

---

(١) انظر: الفوائد الزينية (ص ٩٦)، مجمع الضمانات (١/ ٣٦٩)، حاشية رد المحتار (٦/ ٢١٤)، شرح المجلة (ص ٥٩)، درر الحكام (١/ ٩٠-٩١).

(٢) انظر: الفوائد الزينية (ص ٩٦)، مجمع الضمانات (١/ ٣٦٤)، حاشية رد المحتار (٦/ ٢١٤).

(٣) انظر: شرح المجلة (ص ٥٨).

(٤) انظر: مجمع الضمانات (١/ ٣٦٧).

(٥) انظر: المرجع السابق.

(٦) انظر: المدخل الفقهي للزرقاء (٢/ ١٠٤٢).

(٧) انظر: المرجع السابق.

١٠- من أمر غيره بعقد متعلق بالمأمور نفسه، كان المأمور العاقد هو الملتزم بعقده، ولو أن العقد في غير مصلحته(١).

المطلب السادس

في مستثنيات القاعدة

استثنى بعض الفقهاء بعض المسائل الفقهية، التي خرجت عن القاعدة، حيث يجب الضمان فيها على الآمر دون الفاعل، والسبب في استثناء أغلبها - إن لم يكن كلها - راجع إلى عدم توفر أحد الشروط التي ذكرها الفقهاء - كما في الشق الأول من القاعدة -، وهذه هي المستثنيات على النحو الآتي:

١- أن يكون الآمر سلطاناً؛ فيجب الضمان على السلطان؛ لأن أمره إكراه(٢).

٢- أن يكون الآمر أباً، كما لو أمر الأب ابنه البالغ ليوقد ناراً في أرضه ففعل، وتعدَّت النار إلى أرض جاره، فأتلفت شيئاً، يضمن الأب؛ لأن الأمر صحّ عند الابن، فانتقل الفعل إليه كما لو باشره الأب(٣).

---

(١) انظر: المدخل الفقهي للزرقاء (٢/١٠٤٢-١٠٤٣).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٤٢ ٢٤٤)، الفوائد الزينية (ص ٩٦)، مجمع الضمانات (١/٣٦٨)، حاشية رد المحتار (٦/٢١٤)، الفرائد البهية (ص١٣٩)، المعونة (٣/١٣١١)، التهذيب للبغوي (٧/٦٧، ٦٨)، روضة الطالبين (٩/١٣٩)، المغني (١١/٥٩٨-٥٩٩)، المبدع (٨/٢٥٨).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٤٤)، مجمع الضمانات (١/٣٦٨)، حاشية رد المحتار (٦/٢١٤)، الفرائد البهية (ص١٣٩)، شرح المجلة (ص ٥٨).

٣- أن يكـون الآمـر سيداً والمأمور عبده، فيجب الضمان على السيد ؛ لأن الأمر صحّ عند العبد[١].

٤- أن يكـون المأمور صبيا، كما إذا أمر صبيا بإتلاف مال الغير، فأتلفه، ضمن الصبي، ويرجع به على الآمر ؛ لأنه غير مكلف، وأما إذا كان آمره صبياً فلا يرجع عليه[٢].

٥- أن يكـون المأمور عبد الغير، كما إذا أمره بإتلاف مال غير سيده، فإن ما يغرمه السيد من الضمان يرجع به على الآمر[٣].

٦- أن يأمر شخص شخصاً بفتح باب في حائط الغير، فيغرم الحافر ويرجع به على الآمر، بشرط أن يقول: افتح لي في حائطي ؛ لأن الأمر صح عنده[٤].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٤٢، ٢٤٤)، الفوائد الزينية (ص ٩٦)، مجمع الضمانات (١/٣٦٨)، حاشية رد المحتار (٦/٢١٤)، الفرائد البهية (ص١٣٩)، المعونة (٣/١٣١١)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٤/٢٤٦)، منح الجليل (٩/٢٨)، التهذيب للبغوي (٧/٦٧، ٦٩)، روضة الطالبين (٩/١٤٠)، المغني (١١/٥٩٧-٥٩٨)، المبدع (٨/٢٥٧)، الإنصاف مع المقنع (٢٥/٥٧).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٤٢)، الفوائد الزينية (ص ٩٦)، مجمع الضمانات (١/٣٦٨)، حاشية رد المحتار (٦/٢١٤)، الفرائد البهية (ص١٣٩)، شرح المجلة (ص ٥٨)، درر الحكام (١/٩١)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٤/٢٤٦)، منح الجليل (٩/٢٨)، التهذيب للبغوي (٧/٦٧، ٦٨)، روضة الطالبين (٩/١٤٠)، المغني (١١/٥٩٨)، المبدع (٨/٢٥٧)، الإنصاف مع المقنع (٢٥/٥٧، ٥٩).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٤٢، ٢٤٤)، الفوائد الزينية (ص ٩٦)، مجمع الضمانات (١/٣٦٨)، حاشية رد المحتار (٦/٢١٤)، الفرائد البهية (ص ١٣٩).

(٤) نظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٤٢)، الفوائد الزينية (ص ٩٦)، مجمع الضمانات (١/٣٦٨)، حاشية رد المحتار (٦/٢١٤)، الفرائد البهية (ص ١٣٩)، شرح المجلة (ص ٥٩).

٧- أن يأمر غيره أن يذبح له هذه الشاة، وكانت لجاره، فيضمن الذابح علم أم لم يعلم، لكن إن علم لم يكن له حق الرجوع؛ لأن الأمر لم يصح عنده، وإلا رجع؛ لأن الأمر صح عند الذابح[١].

٨- أن يأمر أجيره برش الماء في فناء دكانه، فرشّ، فما تولد منه فضمانه على الآمر؛ لأن الأمر صح عند الأجير، وإن كان بغير أمره فالضمان على الراش[٢].

٩- إذا جاء رجل بدابة ليغسلها، فقال لرجل: أدخلها النهر، فأدخلها، فغرقت، وكان الآمر سائس الدابة لرجل آخر، ولم يعلم المأمور بذلك، فلو كان الماء بحال لا يدخل الناس دوابهم فيه، ضمَّن ربها أيهما شاء، فلو ضمن المأمور، رجع على السائس؛ لأن الأمر صح عند المأمور[٣].

١٠- إذا كان المأمور أجيرا خاصا للآمر، فتلف بعمله شيء من غير أن يجاوز المعتاد، فالضمان على أستاذه الآمر له، فلو تخرق الثوب من دقه، أو غرقت السفينة من مده؛ فالضمان على أستاذه الآمر؛ لأن الأمر صح عند الأجير[٤].

---

(١) انظر: الفوائد الزينية (ص ٩٦)، مجمع الضمانات (١/٣٦٩)، حاشية رد المحتار (٦/٢١٤)، شرح المجلة (ص ٥٩).

(٢) انظر: مجمع الضمانات (١/٣٦٩)، حاشية رد المحتار (٦/٢١٤)، شرح المجلة (ص ٥٨)، شرح القواعد (ص ٤٤٦).

(٣) انظر: مجمع الضمانات (١/٣٦٨).

(٤) انظر: شرح القواعد (ص ٤٤٦).

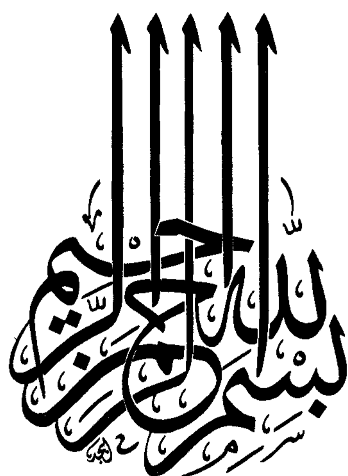
الصندوق الخيري لنشر البحوث والرسائل العلمية
(٢١)
الدراسات الفقهية
(١٧)

القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي

تأليف
د. حمد بن محمد الجابر الهاجري
عضو هيئة التدريس بكلية الشريعة
جامعة الكويت

المجلد الثاني

كنوز إشبيليا
للنشر والتوزيع



الباب الثالث

القواعد والضوابط المتعلقة بالمضمون

وفيه فصلان:

الفصل الأول: القواعد المتعلقة بأصول المضمون.

الفصل الثاني: القواعد والضوابط المتعلقة بعقود المضمون.

الفصل الأول

القواعد المتعلقة بأصول المضمون

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: قاعدة: المثلي مضمون بمثله والمتقوّم بالقيمة، وقاعدة: الأصل رد الحقوق المضمونة بأعيانها عند الإمكان.

المبحث الثاني: قاعدة: كلّ جملة تكون مضمونة بالمثل، يكون النقص الداخل عليها مضمونا بالأرش من القيمة دون المثل

المبحث الثالث: قاعدة: ما يوجب ضمان المنقول يوجب ضمان الأصول

المبحث الأول

قاعدة: المثلي مضمون بمثله والمتقوّم بالقيمة

وقاعدة: الأصل ردّ الحقوق المضمونة بأعيانها عند الإمكان

تتعلق هاتان القاعدتان بكيفية الضمان، وذلك أن المال المضمون إما أن يكون باقيا بعينه أو لا، وإذا لم يكن باقياً بعينه فإما أن يكون مثلياً أو قيمياً، وكلٌّ من هذه الأقسام له حكمه المختص به، وسنتعرّف على ذلك من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول

في صيغ القاعدتين

وردت مجموعة من الصيغ لهاتين القاعدتين المتعلقتين بموضوع واحد، ألا وهو كيفية الضمان، وهذه الصيغ منها ما يختص بردّ الحقوق بأعيانها، ومنها ما يختص بضمان المثلي بمثله والقيمي بقيمته، ومنها ما يختص بضمان المثلي بمثله فقط، ومنها ما يختص بضمان القيمي بقيمته فقط، كما وردت بعض الضوابط الفقهية المندرجة تحت هذه الأقسام، وقد جعلتها في الأقسام التالية:

القسم الأول: الصيغ المتعلقة بردّ الحقوق بأعيانها مرتبة حسب سنوات وفيات قائليها:

١- قال أبو بكر السرخسي: «لا معتبر بضمان القيمة مع بقاء العين»[1].

---

(١) المبسوط (١١/٩٨).

٢- قال عز الدين بن عبدالسلام: «الأصل ردّ الحقوق المضمونة بأعيانها عند الإمكان»(١).

ومن الضوابط الفقهية المندرجة تحت هذا القسم ما يأتي:

١- قال أبو حفص ابن الملقن: «كل من غصب شيئاً لزمه ردّه أو رد قيمته»(٢).

٢- قال محمد البكري: «من غصب مالاً ثم ردّه عليه برئ من ضمانه»(٣).

٣- قال جلال الدين السيوطي: «كل من غصب شيئاً وجب ردّه»(٤).

القسم الثاني: الصيغ المتعلقة بضمان المثلي بمثله والقيمي بقيمته مرتبة حسب سنوات وفيات قائليها:

١- قال عز الدين بن عبد السلام: «الأصل في الضمان أن يضمن المثلي بمثله، والمتقوّم بقيمته، فإن تعذر المثل رجع إلى القيمة جبرا للمالية»(٥).

٢- قال عبد الوهاب السبكي وابن الملقن: «المثلي مضمون بمثله، والمتقوّم بالقيمة»(٦).

٣- قال أحمد الرملي: «ما كان مثليا ضمن بمثله، وما كان متقوّما فبالقيمة»(٧).

---

(١) قواعد الأحكام (١/٢٦٥).

(٢) الأشباه والنظائر لابن الملقن (٢/٤٢٨). وسيأتي مزيد بيان لهذا الضابط في المبحث السادس من الفصل الثاني من هذا الباب.

(٣) الاعتناء (٢/٦٤٦).

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٤٦٨).

(٥) قواعد الأحكام (٢/٣٢٥).

(٦) الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/٣٠٣)، الأشباه والنظائر لابن الملقن (٢/١٩٩).

(٧) فتاوى الرملي (٢/٢٥٢).

٤- قال أحمد القاري: «ضمان المتلف كضمان المغصوب في لزوم المثل إن كان مثليا أو القيمة يوم التلف إن كان متقوّماً»[١].

٥- قال عبدالرحمن السعدي: «تضمن المثليات بمثلها والمتقوّمات بقيمتها»[٢].

ومن الضوابط الفقهية المندرجة تحت هذا القسم:

١- قال أبو بكر السرخسي: «المستقرض مضمون بالمثل إن كان من ذوات الأمثال أو بالقيمة إن لم يكن من ذوات الأمثال»[٣].

٢- قال محمد البكري: «المغصوب المثلي إذا أتلفه الغاصب ضمنه بمثله، وإن كان متقوّما ضمنه بالقيمة»[٤].

القسم الثالث: الصيغ المتعلقة بضمان المثلي بمثله فقط، مرتبة حسب سنوات وفيات قائليها:

١- قال أبو بكر السرخسي: «الدراهم لا تكون مضمونة إلا بمثلها»[٥].

٢- وقال أيضا: «ضمان الإتلاف مقدّر بالمثل»[٦].

٣- وقال أيضا: «الضمان بالعقد الفاسد يتقدر بالمثل»[٧].

٤- وقال أيضا: «ضمان العدوان مقدر بالمثل»[٨].

---

(١) مجلة الأحكام الشرعية (م١٤٢٩).

(٢) القواعد والأصول الجامعة (ص ٥٠).

(٣) المبسوط (١٩/ ٩٣).

(٤) الاعتناء (٢/ ٦٣٩).

(٥) المبسوط (٢٢/ ٤)، وانظر: موسوعة القواعد للبورنو (٥/ ٣١٧).

(٦) المبسوط (٥/ ١٤٢)، وانظر: (١٣/ ٤٠، ٢٧/ ١٢٨).

(٧) المرجع السابق (١١/ ٧٩).

(٨) المرجع السابق.

٥- وقال أيضا: «ضمان المال يجب بطريق الجبران، وإنما يحصل الجبران بما يكون مثلا له في صفة المالية»[(١)].

٦- قال أبو محمد ابن قدامة: «ما تتماثل أجزاؤه وتتقارب صفاته... ضمن بمثله»[(٢)].

٧- قال أحمد ابن تيمية: «جميع المتلفات تضمن بالجنس بحسب الإمكان مع مراعاة القيمة»[(٣)].

٨- وقال أيضا: «ضمان المال بجنسه مع اعتبار القيمة أقرب إلى العدل من ضمانه بغير جنسه»[(٤)].

٩- وقال أيضا: «من غيَّر مال غيره بحيث يفوت مقصوده عليه فله أن يضمنه إياه بمثله»[(٥)].

١٠- قال شمس الدين الزركشي الحنبلي: «ضمان المثلي بمثله لا بغيره»[(٦)].

١١- قال محمد البكري: «المثلي لا يضمن بمتقوّم مع وجوده»[(٧)].

١٢- قال أحمد الونشريسي: «الأصل أن من أتلف مثليا فعليه مثله»[(٨)].

---

(١) المبسوط (٢٧/٢٩)، وانظر: (١١/٥٤، ١٣/٢٤).

(٢) المغني (٧/٣٦٢).

(٣) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٢٠/٥٦٣)، إعلام الموقعين (٢/٢٥).

(٤) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٣٠/٣٣٣).

(٥) المرجع السابق (٢٠/٥٦٢)، إعلام الموقعين (٢/٢٥).

(٦) شرح الزركشي (٣/٥٦١)

(٧) الاعتناء (٢/٦٤٣).

(٨) إيضاح المسالك (ص١١٦). وانظر: شرح المنهج المنتخب (ص ٤٩٩).

القسم الرابع: الصيغ المتعلقة بضمان القيمي بقيمته فقط، مرتبة حسب سنوات وفيات قائليها:

١- قال محيي السنة البغوي: «الشيء المتلف لا يضمن أكثر من ثمن مثله»[١].

٢- قال أبو محمد ابن قدامة: «ما ضمن بالعقد الفاسد اعتبرت قيمته بالغاً ما بلغ»[٢].

٣- قال عز الدين بن عبدالسلام: «من أتلف متقوّما فإنه يلزمه ضمانه بقيمته من نقد البلد»[٣].

٤- قال أحمد الونشريسي: «الأصل أن من أتلف مقوّما فعليه قيمته»[٤].

ومن الضوابط الفقهية المندرجة تحت هذا القسم ما يأتي:

١- قال أبو حفص ابن الملقن: «كل من غصب شيئاً لزمه ردّه أو ردّ قيمته»[٥].

٢- قال محمد البكري: «من غصب شيئاً فتلف عنده غرم أقصى القيم فيه»[٦].

---

(١) شرح السنة (٣١٩/٨).

(٢) المغني (١١٨/١٠).

(٣) قواعد الأحكام (٢٤٤/٢). وانظر: إعداد المهج (ص١٩٩).

(٤) إيضاح المسالك (ص١١٧). وانظر: شرح المنهج المنتخب (ص ٤٩٩).

(٥) الأشباه والنظائر لابن الملقن (٤٢٨/٢). وسيأتي مزيد إيضاح لهذا الضابط في المبحث السادس من الفصل الثاني من هذا الباب صفحة ٤٦٦.

(٦) الاعتناء (٦٤٢/٢).

المطلب الثاني

في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدتين

المثلي في اللغة: نسبة إلى المثل، وهو - بكسر الميم وسكون الثاء، وبفتحهما - بمعنى الشبه، فيقال: (هذا مِثْله ومَثَله)، كما يقال: (شِبْهه وشَبَهه) وزنا ومعنى[(١)].

وفي الاصطلاح: ذكر الفقهاء له عدة تعريفات، أكتفي بذكر تعريف واحد لكل مذهب:

١- ففي المذهب الحنفي عرّفه عثمان الزيلعي بقوله: «المراد بالمثلي: المكيل والموزون والعددي المتقارب»[(٢)].

٢- وفي المذهب المالكي عرّفه بعضهم بقوله: «المثلي: ما حصره كيل أو وزن أو عدد ولم تتفاوت أفراده»[(٣)].

٣- وفي المذهب الشافعي عرفه بعضهم بأنه «ما حصره كيل أو وزن وجاز السلم فيه»[(٤)].

٤- وفي المذهب الحنبلي عرّفه منصور البهوتي وغيره بأنه «كل مكيل أو موزون لا صناعة فيه مباحة يصح السلم فيه»[(٥)].

---

(١) انظر: المصباح المنير (ص ٢١٤)، القاموس المحيط (ص ١٣٦٤).

(٢) تبيين الحقائق (٥/٢٢٣). وانظر: بدائع الصنائع (٧/١٥٠)، درر الحكام (١/١٢١).

(٣) الخرشي على مختصر خليل (٦/١٣٥).

(٤) المنهاج مع مغني المحتاج (٢/٢٨١). وانظر: العزيز (٥/٤١٩-٤٢٠)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٣٦١).

(٥) منتهى الإرادات (١/٣٧٠)، الروض المربع (١/٦٤٣). وانظر: كشاف القناع (٤/١٠٦)، مجلة الأحكام الشرعية (م١٩٣ ص ١١٢).

ويلاحظ أن دائرة المثلي عند الحنفية والمالكية أوسع منها عند الشافعية والحنابلة ؛ لأنهم يضيفون المعدود المتقارب الأجزاء إلى المكيل والموزون.

لكن الصحيح في تعريف المثلي أنه أوسع من هذه التعاريف كلها، وقد عرّفه الشيخ عبدالرحمن السعدي بتعريف واسع وجيّد، حيث عرّفه بقوله: «كل شيء له مثل وشبيه ومقارب»[١]. وسيأتي مزيد بيان لمعرفة سبب اختيار هذا التعريف في المطلب الرابع[٢].

القيمي في اللغة: نسبة إلى القيمة، وهي واحدة القِيَم - بكسر القاف وفتح الياء - والقيمة: ثمن الشيء بالتقويم، فيقال: (كم قامت ناقتك؟) أي: كم بلغت قيمتها، ويقال: (قوَّم السلعة واستقامها) أي: قدّرها وثمّنها[٣].

وفي الاصطلاح: يراد به عكس المال المثلي، أي: «ما لا يوجد له مثل في السوق، أو يوجد لكن مع التفاوت المعتد به في القيمة»[٤].

وعلى المختار في تعريف المثلي يكون التعريف المختار للقيمي هو: «كل شيء ليس له مثل ولا شبيه ولا مقارب»[٥].

---

(١) القواعد والأصول الجامعة (ص ٥١). وانظر: الإنصاف مع المقنع (١٥/٢٥٧-٢٥٨).

(٢) كما في صفحة ٣٧٢-٣٨٤.

(٣) انظر: لسان العرب (١٢/٥٠٠)، القاموس المحيط (ص ١٤٨٧).

(٤) درر الحكام (١/١٢١). وانظر: بدائع الصنائع (٧/١٥٠)، مجلة الأحكام الشرعية (م١٩٤ ص ١١٢).

(٥) انظر: الإنصاف مع المقنع (١٥/٢٥٧-٢٥٨)، القواعد والأصول الجامعة (ص ٥١).

المطلب الثالث

في المعنى الإجمالي للقاعدتين

الأصل العام المقرر في كيفية الضمان هو ردّ الحقوق المضمونة بأعيانها عند الإمكان، فإن ردّها كاملة الأوصاف فقد برئ من عهدتها، وإن ردّها ناقصة الأوصاف جبر الضامن ما نقص من أوصافها بالقيمة.

هذا إذا كانت العين المضمونة باقية على حالها، أما إذا تلفت العين المضمونة فيجب على المتلف ضمانها بالمثل إن كانت من ذوات الأمثال، أو بالقيمة إن لم تكن من ذوات الأمثال(١).

المطلب الرابع

في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدتين

يمكن معرفة أقوال الفقهاء في القاعدتين وأدلتهم من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول: في كيفية ضمان المال الباقي بعينه:

اتفق الفقهاء على أن المال المضمون إذا كان باقيا بعينه، فإن الواجب على الضامن أن يرده بعينه(٢).

---

(١) انظر: الفروق (١/ ٢١٤)، قواعد الأحكام (١/ ٢٦٥، ٢/ ٣٢٥).

(٢) انظر: المبسوط (١١/ ٩٨)، بدائع الصنائع (٧/ ١٤٨)، الاختيار (٣/ ٧٤)، المعونة (٢/ ١٢١٤، ١٢١٥)، بداية المجتهد (٢/ ٣٨٧)، الفروق (١/ ٢١٤)، قواعد الأحكام (١/ ٢٦٥)، الأشباه والنظائر لابن الوكيل (١/ ٣٩٣)، القواعد للحصني (٣/ ٤٢٨)، الاعتناء (٢/ ٦٣٦، ٦٤٠، ٦٤٦)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٤٦٨)، المغني (٧/ ٣٦١)، المبدع (٥/ ١٥٤)، منتهى الإرادات (ص٣٦٣)، المحلى (٦/ ٤٢٩، ٤٣٠).

واستدلوا على ذلك بما يأتي:

١- قال تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ وَتُدْلُواْ بِهَآ إِلَى ٱلْحُكَّامِ لِتَأْكُلُواْ فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَٰلِ ٱلنَّاسِ بِٱلْإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ﴾[1].

٢- وقال جلّ وعزّ: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[2].

وجه الدلالة من الآيتين السابقتين: أن الله حرم أكل أموال الناس بدون وجه حق، وهذا يستلزم وجوب إرجاعها إلى أصحابها إن كانت باقية.

٣- عن أبي هريرة ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: **(أدِّ الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن ما خانك)**[3].

٤- عن سمرة بن جندب ﷺ عن النبي ﷺ قال: **(على اليد ما أخذت حتى تؤديه)**[4].

٥- عن يزيد بن السائب ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: **(لا يأخذ أحدكم عصا أخيه لاعبا أو جادًا، فمن أخذ عصا أخيه فليردها إليه)**[5].

وجه الدلالة من الأحاديث الثلاثة السابقة: بيّن النبي ﷺ أنه يجب على من كان عنده مال لغيره أن يردّه إليه.

(١) سورة البقرة، الآية [١٨٨].

(٢) سورة النساء، الآية [٢٩].

(٣) تقدم تخريجه صفحة ١٦٩.

(٤) تقدم تخريجه صفحة ١٥٥.

(٥) تقدم تخريجه صفحة ١٥٥.

٦- عدم وجود خلاف في ذلك بين أهل العلم، قال أبو الوليد ابن رشد: «والواجب على الغاصب إن كان المال قائما عنده بعينه لم تدخله زيادة ولا نقصان أن يردّه بعينه. وهذا لا اختلاف فيه»[١].

وقال أبو محمد ابن قدامة: «فمن غصب شيئاً لزمه ردّه ما كان باقيا بغير خلاف نعلمه»[٢].

وقال أبو محمد ابن حزم: «اتفقوا أن من غصب شيئاً أي شيء كان من غير ولده، فوجد بعينه لم يتغير من صفاته شيء ولا تغيرت سوقه، ووجد في يد غاصبه لا في يد غيره، أنه يردّ كما هو»[٣].

الفرع الثاني: في كيفية ضمان المال المثلي:

اتفق الفقهاء على أن المال المتلف إذا كان من ذوي الأمثال، فإنه يجب ضمانه بمثله[٤].

---

(١) بداية المجتهد (٢/٣٨٧).

(٢) المغني (٧/٣٦١).

(٣) مراتب الإجماع (ص٥٩).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (٧/١٥٠)، الهداية مع فتح القدير (٨/٢٤٦)، الاختيار (٣/٧٤)، المعونة (٢/١٢١٢، ١٢١٤)، بداية المجتهد (٢/٣٨٧)، الفروق (١/٢١٤)، قوانين الأحكام الشرعية (ص٣٤١، ٣٤٤)، إيضاح المسالك (ص١١٦)، شرح المنهج المنتخب (ص٤٩٩)، قواعد الأحكام (١/٢٦٦، ٢/٣٢٥)، روضة الطالبين (٥/١٨)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/٣٠٣)، الاعتناء (٢/٦٣٩، ٦٤٣)، مغني المحتاج (٢/٢٨٢)، المغني (٧/٣٦١، ٣٦٢-٣٦٣)، إعلام الموقعين (١/٣٢٢-٣٢٨)، الإنصاف مع المقنع (١٥/٢٥٤-٢٥٥)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية لابن عبد الهادي (ص١٠١)، المحلى (٦/٤٢٩، ٤٣٠، ٤٣٧).

قال أبو بكر ابن المنذر: «وأما الذي على متلفه مثل ما أتلف فمثل الحنطة والشعير والتمر والسمن والزبيب والزيت وما أشبه ذلك... ولا نعلم أحدا خالف ذلك»[١].

وقال أيضا: «وأجمعوا على أن المتلف للسلع يجب عليه مثل ما أتلف، إذا كان لها مثل»[٢].

وقال أبو محمد ابن حزم: «واتفقوا أن من غصب شيئاً مما يكال أو يوزن فاستهلكه، ثم لقيه المغصوب منه في البلد الذي كان فيه الغصب، أنه يقضى عليه بمثله»[٣].

ونقل أبو محمد ابن قدامة عن ابن عبد البر أنه قال: «كل مطعوم من مأكول أو مشروب فمجمع على أنه يجب على مستهلكه مثله لا قيمته»[٤].

وقال أبو الوليد ابن رشد: «اتفقوا على أنه إذا كان مكيلا أو موزونا أن على الغاصب المثل، أعني مثل ما استهلك صفة ووزناً»[٥].

وقال أبو محمد ابن قدامة: «وما تتماثل أجزاؤه وتتقارب صفاته - كالدراهم والدنانير والحبوب والأدهان - ضمن بمثله بغير خلاف»[٦].

ومستند هذا الاتفاق أدلة من الكتاب والسنة، ويعضده بعض التعليلات.

---

(١) الإشراف لابن المنذر (٢/٥١٧). وانظر: الإقناع لابن المنذر (٢/٧١٠-٧١١).

(٢) الإشراف لابن المنذر (٢/٣٥٥) ألف بواسطة الإجماع لابن المنذر (ص١٥٨).

(٣) مراتب الإجماع (ص٥٩).

(٤) المغني (٧/٣٦٢).

(٥) بداية المجتهد (٢/٣٨٧).

(٦) المغني (٧/٣٦٢).

١- قال تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾(١).

٢- وقال سبحانه: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ﴾(٢).

٣- وقال جل وعزّ: ﴿وَجَزَٰٓؤُا سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا﴾(٣).

وجه الدلالة من الآيات السابقة: أن الله عزّ وجلّ أوجب المثل في ضمان العدوان والمعاقبة والمجازاة، فلا يعدل عنه لغيره ما دام ردّ المثل ممكناً.

٤- قال تعالى: ﴿فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ﴾(٤).

وجه الدلالة: أن الله عزّ وجلّ أوجب على من أتلف صيداً في الحرم أن يذبح مثلها ويفرّقها على مساكين الحرم.

٥- عن أنس بن مالك ﷺ أن النبي ﷺ كان عند بعض نسائه، فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين مع خادم بقصعة فيها طعام، فضربت بيدها فكسرت القصعة، فضمها وجعل فيها الطعام، وقال: (كلوا)، وحبس الرسول والقصعة حتى فرغوا، فدفع القصعة الصحيحة وحبس المكسورة. وفي لفظ أنه قال: (طعام بطعام، وإناء بإناء)(٥).

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ أوجب على التي كسرت الإناء إناءً مثله، فدلّ ذلك على أن من أتلف شيئاً وجب عليه مثله.

---

(١) سورة البقرة، الآية [١٩٤].

(٢) سورة النحل، الآية [١٢٦].

(٣) سورة الشورى، الآية [٤٠].

(٤) سورة المائدة، الآية [٩٥].

(٥) تقدم تخريجه صفحة ٧١.

٦- إن المثل أقرب إلى المضمون من القيمة ؛ لأن المثل يشبهه في الصورة والمشاهدة والمعنى، بخلاف القيمة، فإنها تشبهه في المعنى، وقد أمكن الإتيان بالمثل، فكان أعدل وأتمّ وأولى من القيمة، كما يقدم النص على القياس، لكن النص طريقه الإدراك بالسماع، والقياس طريقه الظن والاجتهاد[١].

٧- ولأن ضمان الإتلاف من باب ضمان جبر الفائت، ومعنى الجبر بالمثل أكمل منه من القيمة، فلا يعدل عن المثل إلى القيمة إلا عند التعذر[٢].

ورغم حكاية الاتفاق في هذه المسألة من قبل بعض العلماء - كما سبق -، ونفي الخلاف فيها من قبل البعض الآخر - كما سبق -، ووجود هذه الأدلة الواضحة، إلا أني وقفت على قول آخر في المسألة، وهو: أن من أتلف مثلياً وجبت عليه القيمة دون المثل، وهو رواية عن الإمام أحمد[٣]، ونسبه أبو بكر السرخسي إلى نفاة القياس[٤]، كما نسبه غيره إلى بعض الفقهاء[٥].

وذكر أبو بكر السرخسي لهم تعليلا، وهو: «أن حقّ المغصوب منه في العين والمالية، وقد تعذر إيصال العين إليه، فيجب إيصال المال إليه، ووجوب الضمان على الغاصب باعتبار صفة المالية، ومالية الشيء عبارة عن قيمته»[٦].

ويغني في الردّ عليه ما سبق ذكره من النصوص الشرعية والأدلة العقلية.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (٧/١٥٠)، الاختيار (٣/٧٤)، المغني (٧/٣٦١).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٧/١٥٠).

(٣) انظر: الإنصاف (١٥/٢٥٤-٢٥٥).

(٤) انظر: المبسوط (١١/٥٠)، المحلى (٦/٤٣٧).

(٥) انظر: المحلى (٦/٤٣٧).

(٦) المبسوط (١١/٥٠).

الفرع الثالث: في كيفية ضمان المال القيمي:

ذكرت في الفرع الثاني أن المال المتلف إذا كان مثلياً فإنه يضمن بمثله، أما إذا كان قيمياً فقد اختلف الفقهاء في كيفية ضمان المال القيمي على قولين:

القول الأول: إن القيمي يضمن بقيمته، وهو قول الحنفية[1] والمشهور عند المالكية[2] وقول الشافعية[3] والمذهب عند الحنابلة[4].

القول الثاني: إن القيمي يضمن بمثله، ولا يضمن بالقيمة إلا عند عدم المثل. وهذا القول روي عن مالك[5]، ونسب إلى الشافعي[6]، وهو رواية

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (١٥٠/٧)، الهداية مع فتح القدير (٢٤٨/٨)، الاختيار (٧٤/٣).
وقد نسب سليمان الباجي في المنتقى (٢٧٢/٥) ومحمد بن جزي في قوانين الأحكام الشرعية (ص ٣٤١) إلى أبي حنيفة أنه يقول بأن القيمي يضمن بمثله، ولم أجد ذلك فيما اطلعت عليه من كتب أصحابه.

(٢) انظر: المعونة (١٢١٢/٢، ١٢١٤)، المنتقى للباجي (٢٧٢/٥)، بداية المجتهد (٣٨٧/٢)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٣٤١، ٣٤٤)، إيضاح المسالك (ص ١١٧)، شرح المنهج المنتخب (ص ٤٩٩)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٤٤٧/٣)، منح الجليل (٩٨/٧-٩٩).

(٣) انظر: قواعد الأحكام (٢٦٧/١، ٣٢٥/٢)، روضة الطالبين (١٨/٥)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (٣٠٣/١)، الاعتناء (٦٣٩/٢، ٦٤٢)، مغني المحتاج (٢٨٤/٢).

(٤) انظر: المغني (٣٦١/٧)، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٥٦٣/٢٠-٥٦٥)، إعلام الموقعين (٣٢٢/١-٣٢٤، ٢٥/٢-٢٦)، الإنصاف مع المقنع (٢٥٨/١٥-٢٦٠)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية لابن عبد الهادي (ص١٠١)، منتهى الإرادات (٣٧٠/١)، القواعد والأصول الجامعة (ص ٥٠-٥١).

(٥) انظر: المنتقى للباجي (٢٧٢/٥)، تبيين الحقائق (٢٢٣/٥)، فتح الباري (١٥٠/٥)، نيل الأوطار (٣٦٤/٥).

(٦) انظر: فتح الباري (١٥٠/٥)، المنتقى للباجي (٢٧٢/٥)، بداية المجتهد (٣٨٧/٢)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٣٤١)، نيل الأوطار (٣٦٤/٥).

عن أحمد[١] اختارها شيخ الإسلام ابن تيمية[٢] وابن القيم[٣]، وأفتى به الزهري[٤][٥] وقضى به شريح[٦] وعبيد الله العنبري[٧][٨] وقال به قتادة[٩]

(١) انظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٢٠/٥٦٣)، إعلام الموقعين (١/٣٢٢-٣٢٤، ٢/٢٥)، الفروع (٤/٥٠٧)، الإنصاف مع المقنع (١٥/٢٥٨-٢٦٠).

(٢) انظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٢٠/٥٦٣-٥٦٥)، الاختيارات الفقهية (ص ١٦٥)، إعلام الموقعين (٢/٢٥-٢٦)، الفروع (٤/٥٠٧)، الإنصاف مع المقنع (١٥/٢٥٩-٢٦٠).

(٣) انظر: إعلام الموقعين (١/٣٢٢-٣٢٤، ٢/٢٥-٢٦).

(٤) هو الإمام العالم محمد بن مسلم بن عبيد الله بن عبد الله بن شهاب الزهري، ولد سنة ٥٠هـ، وقيل غير ذلك، روى عن ابن عمر وأنس بن مالك وسهل بن سعد وغيرهم، وروى عنه: عمر بن عبد العزيز وعطاء بن أبي رباح ويحيى بن سعيد الأنصاري وغيرهم، توفي سنة ١٢٤هـ، وقيل غير ذلك.

انظر: سير أعلام النبلاء (٥/٣٢٦-٣٥٠)، البداية والنهاية (٤/٣٥٤)، تهذيب التهذيب (٩/٣٨٥-٣٩٠).

(٥) انظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٢٠/٥٦٤).

(٦) انظر: المحلى (٦/٤٣٨)، إعلام الموقعين (١/٣٢٤).

(٧) هو العالم القاضي عبيد الله بن الحسن بن حصين بن أبي الحر العنبري البصري، روى عن خالد الحذاء وداود بن أبي هند وسعيد الجريري، وروى عنه: معاذ بن معاذ العنبري وعبد الرحمن بن مهدي وخالد بن الحارث وغيرهم، توفي سنة ١٦٨هـ.

انظر: ميزان الاعتدال (٣/٥)، تهذيب التهذيب (٧/٧-٨).

(٨) انظر: المغني (٧/٣٦١)، إعلام الموقعين (١/٣٢٤).

(٩) انظر: المحلى (٦/٤٣٨)، إعلام الموقعين (١/٣٢٤).

وعبدالله الدارمي[١][٢] والظاهرية[٣].

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بأدلة من الشرع والعقل، وهي كما يأتي:

١- عن عبدالله بن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: **(من أعتق شركاً[٤] له في عبد، فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوِّم عليه قيمة العدل[٥]، فأعطي شركاؤه حصصهم، وعتق عليه العبد، وإلا فقد عتق منه ما عتق)**[٦].

---

(١) هو الإمام الحافظ أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل التميمي الدارمي السمرقندي، ولد سنة ١٨٠هـ، روى عن النضر بن شميل ويزيد بن هارون، ووهب بن جرير وغيرهم، وحدث عنه: الإمام مسلم وأبو داود والترمذي وغيرهم، من مؤلفاته: "المسند" توفي سنة ٢٥٥هـ، وقيل غير ذلك.

انظر: تذكرة الحفاظ (٢/٥٣٤-٥٣٦)، تهذيب التهذيب (٥/٢٦١-٢٦٢).

(٢) انظر: إعلام الموقعين (١/٣٢٤).

(٣) انظر: المحلى (٦/٤٢٩، ٤٣٠، ٤٣٧)، بداية المجتهد (٢/٣٨٧).

(٤) شرك: أي نصيب، وجمعه أشراك.

انظر: مختار الصحاح (ص ٣٣٦)، المصباح المنير (ص ١١٨)، القاموس المحيط (ص ١٢١٩-١٢٢٠).

(٥) العدل: ضد الجور، وما قام في النفوس أنه مستقيم، ويطلق على المثل والنظير، وهو المراد هنا.

انظر: لسان العرب (١١/٤٣٠-٤٣٥)، القاموس المحيط (ص ١٣٣١-١٣٣٢).

(٦) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب العتق، باب إذا أعتق عبداً بين اثنين أو أمة بين الشركاء (٢/٢١٤) برقم (٢٥٢٢)، ومسلم في صحيحه: كتاب العتق (٢/١١٣٩) برقم ١٥٠١ واللفظ له.

٢- عن أبي هريرة ﷺ عن النبي ﷺ قال: (من أعتق شقصاً[١] له في عبد فخلاصه في ماله إن كان له مال، فإن لم يكن له مال استسعي[٢] العبد غير مشقوق عليه)[٣].

وجه الدلالة من الحديثين السابقين: أن النبي ﷺ أمر بالتقويم في حصة الشريك؛ لأنها متلفة بالعتق، ولم يأمر بالمثل، فيقاس على هذا كل حيوان، ثم يعدى إلى كل غير مثلي[٤].

ونوقش هذا الاستدلال بما يأتي:

أولاً: إن التضمين الذي تضمنه الحديثان السابقان «ليس من باب تضمين المتلفات، بل هو من باب تملك مال الغير بقيمته، فإن نصيب الشريك يملكه المعتق ثم يعتق عليه، فلا بدّ من تقدير دخوله في ملكه ليعتق عليه، ولا خلاف بين القائلين بالسراية في ذلك وأن الولاء له»[٥].

---

(١) الشِّقص - بالكسر -: السهم والنصيب والشرك، والقليل من الكثير، وجمعه: أشقاص. انظر: المصباح المنير (ص ١٢٢)، القاموس المحيط (ص٨٠٢).

(٢) استسعي: من سعى يسعى سعيا، أي: قصد وعمل ومشى وعدا ونمَّ وكسب، ومنه: (سعى المكاتب في فك رقبته سعاية) أي: اكتساب المال ليتخلص به، (واستسعيته في قيمته) إذا طلب منه السعي.

انظر: الزاهر (ص٥٥٩)، المصباح المنير (ص ١٠٥)، القاموس المحيط (ص ١٦٧٠).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب العتق، باب إذا أعتق نصيبا في عبد وليس له مال استسعي العبد غير مشقوق عليه على نحو الكتابة (٢/٢١٥) برقم ٢٥٢٧، ومسلم في صحيحه: كتاب العتق، باب ذكر سعاية العبد (٢/١١٤٠) برقم ١٥٠٣.

(٤) انظر: المغني (٧/٣٦٢)، إعلام الموقعين (١/٣٢٤).

(٥) إعلام الموقعين (١/٣٢٤).

ثانياً: إن «المعتق نصيبه من عبدٍ بينه وبين آخر لم يستهلك شيئاً ولا غصب شيئاً ولا تعدّى أصلا، بل أعتق حصته التي أباح الله تعالى له عتقها، وإنما هو حكم من الله تعالى أنفذه لا لتعدّ من المعتق أصلاً»(١).

ثالثاً: «يلزمهم - إن كان المعتق المذكور مستهلكاً حصة شريكه، ولذلك يضمن القيمة - بأن يوجبوا ذلك عليه معسراً كان أو موسراً، كما يفعلون في كل مستهلك وهم لا يفعلون هذا»(٢).

٣- إن هذه الأشياء لا تتساوى أجزاؤها، وتتباين صفاتها، فالقيمة فيها أعدل وأقرب وأضبط وأحصر؛ لأنها تستوعب جميع صفاته، ولا يكاد يجد مثل ما أتلف على جميع صفاته(٣).

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بأدلة من الشرع والعقل هي كما يأتي:

١- قال تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾(٤).

٢- وقال جلَّ وعزّ: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُواْ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ﴾(٥).

٣- وقال سبحانه: ﴿وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا﴾(٦).

---

(١) المحلي (٦/٤٣٧).

(٢) المرجع السابق.

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٧/١٥٠)، المنتقى للباجي (٥/٢٧٢)، المغني (٧/٣٦٢)، إعلام الموقعين (١/٣٢٤).

(٤) سورة البقرة، الآية [١٩٤].

(٥) سورة النحل، الآية [١٢٦].

(٦) سورة الشورى، الآية [٤٠].

٤- وقال جلّ وعلا: ﴿وَٱلۡحُرُمَٰتُ قِصَاصٞۚ﴾[١].

وجه الدلالة: أن الله تعالى أمر في هذه الآيات بالمثل، ولم يفرق بين مثلي وقيمي، فدل على أن حكمهما واحد[٢].

٥- قال الله تعالى: ﴿فَجَزَآءٞ مِّثۡلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ﴾[٣].

وجه الدلالة: أن الله عزّ وجلّ أوجب على من أتلف صيداً في الحرم أن يدفع مثلها ويفرقها على مساكين الحرم.

نوقش هذا الاستدلال: بأنه «لا يجوز القياس على جبر الصيد بالمثل من النعم؛ فإن ذلك تعبّد حائد على قواعد الجبر»[٤].

٦- قال تعالى: ﴿فَـَٔاتُواْ ٱلَّذِينَ ذَهَبَتۡ أَزۡوَٰجُهُم مِّثۡلَ مَآ أَنفَقُواْۚ﴾[٥].

وجه الدلالة: أن الله أمر المسلمين أن يعطوا الزوج من الغنيمة مثل ما أنفق عليها إذا ذهبت زوجته من المسلمين إلى الكفار وفاتت عليه، ولم يأمر بالقيمة، ويقاس على هذا غيره[٦].

٧- عن أنس بن مالك رضي الله عنه أن النبي ﷺ كان عنده بعض نسائه، فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين مع خادم بقصعة فيها طعام، فضربت بيدها فكسرت القصعة، فضمها وجعل فيها الطعام، وقال: (كلوا)، وحبس الرسول

---

(١) سورة البقرة، الآية [١٩٤].

(٢) انظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٢٠/٥٦٤).

(٣) سورة المائدة، الآية [٩٥].

(٤) قواعد الأحكام (١/٢٦٧).

(٥) سورة الممتحنة، الآية [١١].

(٦) انظر: الفروع (٤/٥٠٧)، تيسير الكريم الرحمن (ص ٨٥٧).

والقصعة حتى فرغوا، فدفع القصعة الصحيحة وحبس المكسورة. وفي لفظ أنه قال: (طعام بطعام، وإناء بإناء)[١].

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ أخذ قصعة صحيحة من بيت زوجته التي كسرت القصعة الأخرى وأعطاها لزوجته التي أهدت إليهم الطعام عوضاً عن قصعتها المكسورة، وقال عليه الصلاة والسلام: (طعام بطعام وإناء بإناء). وفي هذا دليل على أن القيمي يضمن بمثله ولا يضمن بالقيمة إلا عند تعذر المثل.

نوقش هذا الاستدلال بما يأتي:

أولاً: إن القصعتين كانتا للنبي ﷺ في بيتي زوجتيه؛ فعاقب الكاسرة بجعل القصعة المكسورة في بيتها، وجعل القصعة الصحيحة في بيت صاحبتها، ولم يكن هناك تضمين[٢].

ثانياً: يحتمل - على تقدير أن تكون القصعتان لهما - أن النبي ﷺ رأى في ذلك سداداً بينهما، فرضيتا بذلك[٣].

ثالثاً: يحتمل أن يكون ذلك في الزمان الذي كانت العقوبة فيه بالمال، فعاقب الكاسرة بإعطاء قصعتها للأخرى[٤].

رابعاً: يحتمل أن يكون ذلك من باب المعونة والإصلاح دون بتّ الحكم بوجوب المثل فيه[٥].

---

(١) تقدم تخريجه صفحة ٧١.

(٢) فتح الباري (٥/١٥٠). وانظر: المنتقى للباجي (٥/٢٧٢).

(٣) انظر: المرجعين السابقين، والمغني (٧/٣٦٢).

(٤) انظر: فتح الباري (٥/١٥٠).

(٥) انظر: المرجع السابق.

وأجيب عنها: بأن التصريح بقوله: (طعام بطعام وإناء بإناء) يبعد هذه الاحتمالات، ويبين أن هذا قاعدة عامة.

كما أجيب عن المناقشة الأولى بأنه يعكر عليها قول النبي ﷺ في رواية أخرى: (من كسر شيئاً فهو له وعليه مثله)[١].

٨- عن أبي رافع[٢] ﵁ أن رسول الله ﷺ استسلف من رجل بكراً[٣]، فقدمت عليه إبل من إبل الصدقة، فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكره، فرجع إليه أبو رافع فقال: لم أجد فيها إلا خيارا رباعيًا[٤]، فقال: (أعطه إياه، إن خيار الناس أحسنهم قضاء)[٥].

---

(١) انظر: فتح الباري (١٥٠/٥).

(٢) هو الصحابي الجليل أبو رافع القبطي مولى رسول الله ﷺ، قيل: اسمه إبراهيم، وقيل: أسلم، وقيل: ثابت، وقيل: هرمز، أسلم قبل بدر ولم يشهدها، وشهدا أحداً وما بعدها، روى عن النبي ﷺ وعن ابن مسعود، وروى عنه أولاده: رافع والحسن وعبد الله والمغيرة وغيرهم، توفي في خلافة علي ﵁، وقيل غير ذلك. انظر: تهذيب التهذيب (٨٢/١٢-٨٣)، الإصابة (٦٥/٧).

(٣) البَكر - بالفتح -: الفتي من الإبل، بمنزلة الغلام من الناس، والأنثى بَكْرة، وقد يستعار للناس.

انظر: النهاية في غريب الحديث (١٤٩/١)، القاموس المحيط (ص ٤٥١).

(٤) رَباع - بفتح الراء -: يطلق على الذكر من الإبل إذا طلعت رباعيته، والرباعية: السن بين الثنية والناب، ويكون ذلك في السنة السابعة، ومؤنثه: رباعية.

انظر: النهاية في غريب الحديث (٨/٢)، القاموس المحيط (ص ٩٢٩).

(٥) أخرجه مسلم في صحيحه: كتاب المساقاة، باب من استسلف شيئاً فقضى خيرا منه و«خيركم أحسنكم قضاء» (١٢٢٤/٣) برقم ١٦٠٠.

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ اقترض من رجل بكراً، فلما جاءته إبل الصدقة أمر بأن يعطى الرجل بكره، فلما لم يجدوا مثله في السن، أمر بأن يعطى أكبر منه في السن، ولم يأمر بإعطائه قيمة البكر[1].

٩- عن عثمان[2] وعبد الله بن مسعود[3] رضي الله عنهما أنهما قضيا على من استهلك فصلاناً[4] بفصلان مثلها[5].

١٠- ما جاء في «قصة داود وسليمان عليهما السلام من هذا الباب، فإن الماشية كانت قد أتلفت حرث القوم وهو بستانهم، وكان عيناً، والحرث اسم

---

(١) انظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٢٠/٥٦٣).

(٢) هو الصحابي الجليل والخليفة الراشد عثمان بن عفان بن أبي العاص بن أمية الأموي القرشي، ذو النورين، أسلم قديما، وهاجر الهجرتين، وزوّجه النبي ﷺ بابنتيه - رقية ثم أم كلثوم - وبشّره بالجنة، وروى عن النبي ﷺ، وروى عنه: أنس بن مالك وسعيد بن المسيب وعلقمة بن قيس وغيرهم، وكانت خلافته اثنتي عشرة سنة، وقتل سنة ٣٥هـ.
انظر: تذكرة الحفاظ (١/٨-١٠)، الإصابة (٤/٢٢٣).

(٣) هو الصحابي الجليل أبو عبد الرحمن عبد الله بن مسعود بن غافل بن حبيب الهذلي، أسلم بمكة قديما، وهاجر الهجرتين، وشهد المشاهد كلها، ولازم النبي ﷺ، وكان صاحب نعله، وروى عن النبي ﷺ، وروى عنه: ابن عمر وابن عباس وأنس بن مالك وغيرهم، توفي سنة ٣٢هـ.
انظر: تذكرة الحفاظ (١/١٣-١٦)، تهذيب التهذيب (٦/٣٦)، الإصابة (٤/١٢٩-١٣٠).

(٤) فصلان - بضم الفاء -: جمع فصيل، وهو ولد الناقة إذا فُصل عن أمه.
انظر: مختار الصحاح (ص٥٠٥)، القاموس المحيط (ص ١٣٤٧).

(٥) لم أجد من أخرجه، وقد ذكره ابن حزم في المحلى (٦/٤٣٨)، وابن القيم في إعلام الموقعين (١/٣٢٤) على سبيل الاحتجاج به، إلا أن ابن حزم ذكره بصيغة التمريض «رُوي».

للشجر والزرع، فقضى داود بالغنم لأصحاب الحرث، كأنه ضمنهم ذلك بالقيمة، ولم يكن لهم مال إلا الغنم، فأعطاهم الغنم بالقيمة، وأما سليمان فحكم بأن أصحاب الغنم يقومون على الحرث حتى يعود كما كان، فضمنهم إياه بالمثل وأعطاهم الماشية يأخذون منفعتها عوضا عن المنفعة التي فاتت من حين تلف الحرث إلى أن يعود»[١]، وما حكم به نبي الله سليمان هو الأقرب إلى العدل والقياس، وقد أثنى الله على سليمان بتفهيم هذا الحكم[٢]، وذلك بقوله جلّ وعلا: ﴿فَفَهَّمْنَٰهَا سُلَيْمَٰنَ﴾[٣].

١١- «إن المال المتلف - كالثياب والآنية والحيوانات، مما ليس مثلياً - يتعذر الحصول على مثلها من كل وجه، فيكون الأمر دائرا بين شيئين:

(أ) إما أن يضمنه بالقيمة، وهي دراهم مخالفة للمتلف في الجنس والصفة، لكنها تساويه في المالية.

(ب) وإما أن يضمنه بثياب من جنس ثياب المثل أو آنية من جنس آنيته أو حيوان من جنس حيوانه، مع مراعاة القيمة بحسب الإمكان، ومع كون قيمته بقدر قيمته، فهنا المالية مساوية كما في النقد، وامتاز هذا بالمشاركة في الجنس والصفة فكان ذلك أمثل من هذا، وما كان أمثل فهو أعدل، فيجب الحكم به إذا تعذّر المثل من كل وجه»[٤].

---

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٢٠/٥٦٣-٥٦٤).

(٢) انظر: إعلام الموقعين (١/٣٢٦-٣٢٧).

(٣) سورة الأنبياء، الآية [٧٩].

(٤) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٢٠/٥٦٤).

القول المختار:

وبعد هذا الاستعراض لأقوال الفقهاء وأدلتهم في هذه المسألة تبيّن لي أن القول المختار هو القول الثاني، وذلك لما يأتي:

١- قوة أدلة القول الثاني وسلامتها من الاعتراضات، وما اعترض عليه منها فقد أجيب عنه كما سبق، ومن أقوى أدلتهم تصريحه عليه الصلاة والسلام بقوله: **(طعام بطعام وإناء بإناء)**، وفي رواية: **(من كسر شيئاً فهو له وعليه مثله)**، وهذا التصريح منه عليه الصلاة والسلام بمثابة قاعدة عامة في كيفية ضمان المتلفات.

٢- عدم وجود أدلة صريحة لأصحاب القول الأول، وأقوى ما استدلوا به حديث عبدالله بن عمر رضي الله عنهما فيمن أعتق شركا له في عبد، ونحوه حديث أبي هريرة ﷺ، وقد ذكر العلماء الأجوبة عليهما كما سبق، ومن أهمّها أنه ليس من باب ضمان المتلفات، وإنما هو من باب تملك مال الغير بقيمته.

٣- «إن المماثلة من كل وجه متعذرة حتى في المثليات كالمكيلات والموزونات، فضلا عن غيرها، فإنه إذا أتلف صاعاً من بر فضمن بصاع من بر لم يعلم أن أحد الصاعين فيه من الحب ما هو مثل الآخر، بل قد يزيد أحدهما على الآخر، ولهذا قال تعالى: ﴿وَأَوْفُوا۟ ٱلْكَيْلَ وَٱلْمِيزَانَ بِٱلْقِسْطِ ۖ لَا نُكَلِّفُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾[1]، فإن تحديد الكيل والوزن مما قد يعجز عنه البشر، ولهذا يقال: (هذا أمثل من هذا) إذا كان أقرب إلى المماثلة منه إذا لم تحصل المماثلة من كل وجه»[2].

---

(١) سورة الأنعام، الآية [١٥٢].

(٢) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٥٦٥/٢٠).

الفرع الرابع: في تعذر المثل:

اختلف الفقهاء فيما إذا تعذر وجود المثل على ثلاثة أقوال:

القول الأول: إذا تعذر وجود المثل فإن المضمون له يصبر حتى يوجد المثل.

وهو القول الأول عند المالكية[١].

القول الثاني: إن المضمون له بالخيار بين أن ينتظر وجود مثله فيأخذه، وبين أن يضمن الغاصب قيمته.

وهو القول الثاني عند المالكية[٢] وقول الظاهرية[٣].

والمعتبر عند المالكية قيمته يوم غصبه.

القول الثالث: إذا تعذر المثل، فإن على الغاصب أو المتلف أن يضمنه بقيمته، وهو قول الحنفية[٤] والشافعية[٥] والحنابلة[٦].

ثم اختلف هؤلاء في اليوم المعتبر لقيمته على أقوال كثيرة أشهرها أربعة هي:

١- قيمته يوم الخصومة.

٢- قيمته يوم الغصب.

٣- قيمته يوم انقطاع المثل.

---

(١) انظر: جامع الأمهات (ص٤١٠)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٤٤٥).

(٢) انظر: الكافي لابن عبد البر (ص ٤٢٩)، جامع الأمهات (ص ٤١٠).

(٣) انظر: المحلى (٦/٤٣٧).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (٧/١٥٠)، الهداية مع فتح القدير (٨/٢٤٦)، الاختيار (٣/٧٤).

(٥) انظر: روضة الطالبين (٥/٢٠-٢١)، الأشباه والنظائر لابن الوكيل (١/٣٩٤-٣٩٥)، القواعد للحصني (٣/٤٢٨-٤٢٩)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٣٤٤-٣٤٥).

(٦) انظر: الاختيارات الفقهية (ص ١٦٥)، الفروع (٤/٥٠٧)، تقرير القواعد (١/١٢٥)، الإنصاف مع المقنع (١٥/٢٥٥-٢٥٦).

٤- أقصى قيم المثل من وقت الغصب إلى تعذر المثل[١].

ويظهر لي عدم وجود فرق بين القولين الثاني والثالث إن لم يكونا قولاً واحداً.

وهذه الأقوال راجعة إلى اجتهاد العلماء، وليس فيها نص صريح، فالله أعلم بالصواب منها.

النتيجة:

من خلال الفروع السابقة تبيّن لي ما يأتي:

أولاً: صحة قاعدة: «الأصل ردّ الحقوق المضمونة بأعيانها عند الإمكان».

ثانياً: عدم صحة قاعدة: "المثلي مضمون بمثله والمتقوّم بقيمته" على إطلاقها، وإنما يصحّ الشطر الأول منها، وهو "المثلي مضمون بمثله"، أما المتقوّم فعلى القول المختار يضمن بمثله أيضا لا بقيمته -كما جاء في الصيغة-؛ لذا كانت الصيغة التي ذكرها شيخ الإسلام ابن تيمية - وهي: (جميع المتلفات تضمن بالجنس بحسب الإمكان، مع مراعاة القيمة) - أولى وأصحّ.

المطلب الخامس

من فروع القاعدتين

هناك فروع كثيرة تندرج تحت القاعدتين، أذكر منها ما يأتي:

١- من استقرض مالا مثليا وجب عليه ردّ مثله، وإن كان متقوّما وجب عليه ردّ قيمته[٢].

---

(١) انظر: مراجع الحنفية والشافعية والحنابلة السابقة.

(٢) انظر: المبسوط (١٩/٩٣)، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٢٠/٥٦٣)، القواعد والأصول الجامعة (ص ٥١).

٢- من غصب مالاً، وكان المال موجودا بعينه، وجب على الغاصب ردّه بعينه[١].

٣- من كان عنده دراهم لغيره، فأتلفها؛ وجب عليه ضمانها بمثلها[٢].

٤- إذا أتلف شخص على غيره شيئاً مما يكال أو يوزن - كالذهب والفضة والحديد والنحاس والحنطة والشعير وسائر المأكولات - وجب عليه ردّ مثله لا قيمته[٣].

٥- إذا أتلف شخص على غيره شيئاً مما لا يكال ولا يوزن - كالثياب وسائر العروض والرقيق والحيوان - فيلزمه قيمته دون مثله[٤].

٦- إذا أتلف رجلٌ براً أو زيتاً أو سمسما، فإنه يضمنه بمثله[٥].

٧- من وجب عليه الضمان لكونه فرط في أمانته أو تعدى فيها، أو كانت يده يداً متعدية؛ فكل هؤلاء يضمنون المثل بمثله، والمتقوّم بقيمته[٦].

٨- من أكل أضحيته ولم يتصدق منها بشيء، لزمه أن يخرج لحماً أقل ما يجب عليه[٧].

٩ إذا كسر شخص إناءً لشخص، فعلى قول جمهور أهل العلم أنه يضمنه بقيمته، وعلى القول المختار أنه يضمنه بمثله.

---

(١) انظر: الاعتناء (٢/٦٤٦)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٤٦٨).

(٢) انظر: المبسوط (٤/٢٢).

(٣) انظر: المعونة (٢/١٢١٢).

(٤) انظر: المرجع السابق، و قواعد الأحكام (١/٢٦٧).

(٥) انظر: قواعد الأحكام (١/٢٦٦).

(٦) انظر: القواعد والأصول الجامعة (ص ٥١).

(٧) انظر: المرجع السابق.

١٠- إذا أتلف إنسان سيارة لصديقه، فعلى قول جمهور أهل العلم أنه يضمنها بقيمتها، وعلى القول المختار أنه يضمنها بمثلها.

١١- إذا شقّ شخصٌ ثوبا لآخر، بحيث لا يمكن الاستفادة من الثوب، فيجب عليه ضمانه بمثله على القول المختار.

١٢- إذا استعار إنسان من صديقه كتابا، فتلف عنده، لزمه ضمانه بمثله على القول المختار.

المطلب السادس

في مستثنيات قاعدة المثلي والقيمي

يستثنى من قاعدة المثلي والقيمي من اشترى شاة مصراة فهو بالخيار إن شاء أمسكها وإن شاء ردّها ومعها صاع تمر.

وقد دلّت السنة النبوية على ذلك، فعن أبي هريرة ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: **(من اشترى غنما مصراة فاحتلبها، فإن رضيها أمسكها، وإن سخطها ففي حلبتها صاع من تمر)**[1].

ووجه الاستثناء هنا أن اللبن من ذوات الأمثال، وقد أوجب الشارع فيه صاعا من تمر، ولم يوجب ردّ المثل - وهو اللبن - ولا القيمة[2].

وفي معرض الردّ على من قال بأن هذا الحديث على خلاف القياس قال ابن قيم الجوزية: «وأما تضمينه بغير جنسه ففي غاية العدل، فإنه لا يمكن تضمينه

(١) متفق عليه، وقد تقدم تخريجه صفحة ٢٢٠.

(٢) انظر: الفروق (١/٢١٤)، إيضاح المسالك (ص ١١٦، شرح المنهج المنتخب (ص ٤٩٩)، قواعد الأحكام (١/٢٦٦)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/٣٠٣).

بمثله البتة، فإن اللبن في الضرع محفوظ غير معرض للفساد، فإذا حلب صار عرضة لحمضه وفساده، فلو ضمن اللبن الذي كان في الضرع بلبن محلوب في الإناء كان ظلما تتنزه الشريعة عنه.

وأيضا فإن اللبن الحادث بعد العقد اختلط باللبن الموجود وقت العقد، فلم يعرف مقداره حتى يوجب نظيره على المشتري، وقد يكون أقلّ منه أو أكثر، فيفضي إلى الربا؛ لأن أقلّ الأقسام أن تجهل المساواة.

وأيضا فلو وكلناه إلى تقديرهما أو تقدير أحدهما لكثر النزاع والخصام بينهما، ففصل الشارع الحكيم - صلاة الله وسلامه عليه وعلى آله - النزاع وقدره بحد لا يتعديانه، قطعا للخصومة وفصلا للمنازعة، وكان تقديره بالتمر أقرب الأشياء إلى اللبن، فإنه قوت أهل المدينة كما كان اللبن قوتا لهم، وهو مكيل كما أن اللبن مكيل، فكلاهما مطعوم مقتات مكيل، وأيضا فكلاهما يقتات به بلا صنعة ولا علاج، بخلاف الحنطة والشعير والأرز، فالتمر أقرب الأجناس التي كانوا يقتاتون بها إلى اللبن»[1].

هذا وقد ذكر الفقهاء مستثنيات أخرى عن هذه القاعدة[2]، إلا أنه لم يأت فيها دليل صحيح يدل على إخراجها عن هذه القاعدة العامة. والله تعالى أعلم.

---

(١) إعلام الموقعين (٢/٢٠-٢١).

(٢) انظر: الفروق (١/٢١٤)، إيضاح المسالك (ص ١١٦-١١٧)، شرح المنهج المنتخب (ص ٤٩٩)، قواعد الأحكام (١/٢٦٦)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/٣٠٣-٣٠٥)، الاعتناء (٢/٦٣٩، ٦٤٢، ٦٤٣).

المبحث الثاني

قاعدة كلّ جملة تكون مضمونة بالمثل

يكون النقص الداخل عليها مضمونا بالأرش من القيمة دون المثل

تتفق هذه القاعدة مع القاعدتين السابقتين في المبحث الأول في الموضوع، حيث إن القواعد الثلاث تتحدث عن كيفية الضمان، لكن القاعدتين في المبحث الأول تتعلقان بالمضمون جملة، أما هذه القاعدة فهي تتعلق بأبعاض المضمون وأجزائه وأوصافه، وقد جعلت الكلام عليها في المطالب الآتية:

المطلب الأول

في صيغ القاعدة

أذكر في هذا المطلب ما وقفت عليه من صيغ لهذه القاعدة، وهي كما يأتي:

أولاً: المذهب الحنفي:

١- قال أبو الحسن المرغيناني: «الجزء لا يخالف الكلّ»[١].

ومن الضوابط الفقهية المندرجة تحت القاعدة أن «هلاك كل المغصوب مضمون بكل القيمة، وهلاك بعضه يكون مضمونا بقدره»[٢].

ثانياً: المذهب الشافعي:

١- قال أبو الحسن الماوردي: «الأصول موضوعة على أن كل شيء كان بعضه غير مضمون كان جميعه غير مضمون، كالودائع والشيء المستأجر، وكل شيء كان بعضه مضموناً كان جميعه مضموناً، كالبيوع والغصوب»[٣].

---

(١) الهداية مع فتح القدير (٣٣٧/٤)، وانظر: (١٤/٣، ٣٧٥/٨، ٣٣١/٩).

(٢) بدائع الصنائع (١٥٥/٧) بتصرف يسير.

(٣) الحاوي (٢٥٧/٦).

٢- وقال أيضا: «ما ضمن نقصانه ضمن بالتلف جميعه»[١].

٣- وقال أيضا: «ما قابل جملة تقسط على أجزائها»[٢].

٤- قال عبد الوهاب بن السبكي: «كل جملة مضمونة بالمثل يكون النقص الداخل عليها بالجناية مضمونا بالأرش من القيمة دون المثل»[٣].

٥- قال أبو حفص ابن الملقن: «كل جملة تكون مضمونة بالمثل يكون النقص الداخل عليها مضمونا بالأرش من القيمة دون المثل»[٤].

٦- قال جلال الدين السيوطي: «ما ضمن كله ضمن جزؤه بالأرش»[٥].

ثالثاً: المذهب الحنبلي:

١- قال أبو محمد ابن قدامة: «الجزء الفائت بالعيب يقابله جزء من الثمن»[٦].

٢- وقال أيضا: «الضمان في مقابلة المتلف لا في مقابلة الجملة»[٧].

٣- وقال أيضا: «ما ضمن جملته ضمنت أجزاؤه»[٨].

٤- وقال أيضا: «ما ضمن بالقيمة بالغا ما بلغ ضمن بعضه بما نقص»[٩].

٥- وقال أيضا: «من ضمن جملة المبيع ضمن أجزاؤه»[١٠].

---

(١) الحاوي (٧/١٦٦).

(٢) المرجع السابق (١٢/٣٠٤).

(٣) الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/٢٣٢).

(٤) الأشباه والنظائر لابن الملقن (٢/٤٢٦).

(٥) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٣٦٢).

(٦) الكافي لابن قدامة (٣/١٣٢).

(٧) المغني (٧/٣٧٤).

(٨) المغني (٧/٣٤٣). وانظر: المبدع (٥/١٤٥).

(٩) المغني (١٢/١٨٣).

(١٠) الكافي لابن قدامة (٣/١٢٦).

٦- قال برهان الدين ابن مفلح: «العوض في مقابلة المعوض، فكل جزء من العوض يقابله جزء من المعوض»[(١)].

المطلب الثاني

في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة

جملة: الجملة واحدة الجمل، وهي جماعة الشيء[(٢)].

الأرش في اللغة: واحد الأروش، وأصله الفساد، ثم استعمل في نقصان الأعيان؛ لأنه فساد فيها، وأرش الجراحات ديتها[(٣)].

وفي اصطلاح الفقهاء: «هو اسم للمال الواجب على ما دون النفس».

أو هو: «عبارة عن الشيء المقدّر الذي يحصل به الجبر عن الفائت»[(٤)].

المطلب الثالث

في المعنى الإجمالي للقاعدة

معنى القاعدة أن كل شيء كان جميعه مضموناً بالمثل، يكون بعضه مضموناً بقيمة النقص لا بمثله[(٥)].

---

(١) المبدع (٤/٨٧). وانظر: شرح الزركشي (٣/٥٧٣).

(٢) انظر: تهذيب الأسماء واللغات (١/٤٨١)، مختار الصحاح (ص ١١١)، القاموس المحيط (ص ١٢٦٦).

(٣) انظر: مختار الصحاح (ص ١٣)، المصباح المنير (ص ٥)، القاموس المحيط (ص ٧٥٣).

(٤) انظر: التعريفات (ص١٧)، أنيس الفقهاء (ص٢٩٥)، الزاهر (ص٤٨٣)، القاموس الفقهي (ص ١٩-٢٠).

(٥) انظر: الحاوي (٦/٢٥٧).

المطلب الرابع
في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة

سأتطرّق في هذا المطلب إلى ذكر مذاهب العلماء - كل على حدة - في ضمان النقص الحاصل في المال، ثم أتبع ذلك ببيان مدى صحة القاعدة عند أرباب هذه المذاهب، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: المذهب الحنفي:

لا يخلو النقص الحاصل في العين المغصوبة عند الحنفية - فيما يبدو لي - عن ثلاث حالات:

الحال الأولى: أن تتغير العين المغصوبة حتى يزول اسمها ومعظم منافعها:

فهنا إما أن يكون ذلك بفعل الغاصب أو بغير فعله؛ فإن كان بفعل الغاصب زال ملك المغصوب منه عن العين المغصوبة، وملكها الغاصب وضمنها، ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها، كمن غصب شاة وذبحها وشواها أو طبخها، أو حنطة فطحنها، أو حديدا فاتخذه سيفاً.

وعلّلوا ذلك بأنه أحدث صنعة متقوّمة صيّر حق المالك هالكا من وجه، ألا ترى أنه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد، وحقّه في الصنعة قائم من كل وجه فيترجح على الأصل الذي هو فائت من وجه، ولا نجعله سبباً للملك من حيث إنه محظور، بل من حيث إحداث الصنعة.

وأما إذا كان ذلك بغير فعل الغاصب - كأن صار العنب زبيباً بنفسه أو خلاًّ، أو الرطب صار تمراً - فإن المالك فيه بالخيار، إن شاء أخذه وإن شاء تركه وضمنه[1].

---

(١) انظر: رؤوس المسائل (ص ٣٥٥-٣٥٦)، الهداية مع فتح القدير (٨/٢٥٩-٢٦١)، إيثار الإنصاف (ص ٤٨٧-٤٨٩)، الاختيار (٣/٧٧).

الحال الثانية: أن لا يزول اسم العين المغصوبة، ولكن يبطل كثيرا من منافعها:

فهنا المالك بالخيار؛ إن شاء ترك العين المغصوبة عند الغاصب وأخذ قيمتها، وإن شاء أخذ عينه المغصوبة وضمّنه النقصان.

ومثال ذلك: كمن ذبح شاة غيره أو خرق ثوب غيره خرقاً كبيراً.

وعلّلوا ذلك بأنه إتلاف من وجه، باعتبار فوت بعض الأغراض وبقاء بعضها، فصار كالحرق الفاحش[1].

الحال الثالثة: أن لا يزول اسم العين المغصوبة، ولكن يبطل يسيرا من منافعها:

فهنا لا خيار للمالك وليس له إلا ضمان النقصان؛ لأن العين قائم من كل وجه، وإنما دخله عيب فيضمنه[2].

ورغم كون هذا الحكم في النقص أثناء الغصب، إلا أن الذي يظهر أن حكمه يشمل النقص من غير غصب؛ لأنهم لم يفردوه بحكم يخالف هذا الحكم كما فعل المالكية.

ثانياً: المذهب المالكي:

قسّم المالكية النقص الذي يحدث في المال إلى قسمين:

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (١٥٨/٧)، الهداية مع فتح القدير (٢٦٦/٨-٢٦٨)، الاختيار (٧٨/٣).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (١٥٥/٧، ١٥٨)، الهداية مع فتح القدير (٢٥٤/٨-٢٥٥، ٢٦٧-٢٦٨)، الاختيار (٧٨/٣).

القسم الأول: النقص الذي يحصل في المال أثناء غصبه:

وذلك لا يخلو من ثلاث حالات:

الحال الأولى: أن يحدث النقص بأمر من الله تعالى:

فهنا المالك بالخيار بين أن يأخذ ماله ناقصا و لا شيء له في مقابل النقص، وبين أن يترك ماله ويأخذ قيمته يوم الغصب؛ لأن الغاصب كان ضامنا لها يوم الغصب، فلم يكن لما حدث من العيب فيها حكم في الضمان؛ لأنه على أصل مضمون، فإذا اختار المالك أخذها فقد رضي بعيبها؛ لأنه لو لم يرض به لكان يسلمها ويرجع بالقيمة، فإذا قال: أريد الأرش، لم يكن له ذلك؛ لأن الغاصب لم يكن ضامنا لما حدث بانفراده، وإنما كان ضامنا له بضمان الجملة وأبعاضها تابعة له.

الحال الثانية: أن يحدث النقص من قبل الغاصب:

فهنا المالك بالخيار بين أخذ ماله مع أرش نقصه وبين ترك ماله وأخذ قيمته؛ لأن المالك متعدّ عليه بشيئين: بالغصب وبالجناية، فله أخذ الغاصب بأيهما شاء.

الحال الثالثة: أن يحدث النقص من أجنبي غير الغاصب:

فهنا يخير المالك بين أخذ قيمته من الغاصب فيتبع الغاصبُ الجاني بالأرش، وبين أخذ عين شيئه واتباع الجاني بالأرش لا الغاصب(١).

القسم الثاني: النقص الذي يحصل في المال من غير غصب:

وذلك لا يخلو من ضربين:

---

(١) انظر: الأحوال الثلاث في: المعونة (٢/١٢١٥-١٢١٦)، بداية المجتهد (٢/٣٨٨-٣٨٩)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٤٥٣-٤٥٤)، منح الجليل (٧/١٢١-١٢٢).

الضرب الأول: أن يكون النقص مُفيتاً للغرض المقصود من الشيء وإن بقيت فيه منافع تابعة غير مقصودة، كقطع ذنب دابة ذي هيئة، أو قلع عيني عبد، فالمالك مخيّر بين أخذ ماله وأرش نقصه وبين أخذ قيمته سليما يوم التعدّي وترك ماله للمتعدي؛ لأنه قد أتلف عليه بهذا الفعل غرضه المقصود منه ضمانه، اعتبارا به لو أحرقه أو أتلف جميعه[1].

الضرب الثاني: أن يكون النقص يسيراً، والمقصود من الشيء باق، وذلك كقطع لبن البقرة أو تقليله أو قطع يد عبد، فهنا المالك يأخذ ماله وأرش نقصه، وليس له تركه وأخذ قيمته إلا إذا رضي المتعدي؛ وذلك لأن الذي يلزم المتعدي بدل ما أتلف، والإتلاف إنما يكون لهذا القدر من المنافع، فلا يضمن ما زاد عليه[2].

ثالثاً: المذهب الشافعي:

إذا حدث في المال المغصوب نقص - سواء كان يسيرا أو كثيرا - وجب على الغاصب أرش النقص وأجرة مثل المغصوب في الأصحّ.

وقيل: إن الواجب أكثر الأمرين من الأجرة والأرش[3].

ومع كون هذا الكلام في النقص أثناء الغصب، إلا أن الذي يظهر أن حكمه يشمل النقص من غير غصب؛ لأنهم لم يذكروا له حكماً يخالف هذا كما فعل المالكية.

---

(١) انظر: المعونة (١٢١٣/٢)، المنتقى للباجي (٢٧٦/٥)، بداية المجتهد (٣٨٩/٢)، الفروق (٢١٤/١)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٤٦٠/٣)، منح الجليل (١٤٤/٧-١٤٦).

(٢) انظر: المراجع السابقة.

(٣) انظر: العزيز (٤٣٦/٥-٤٣٨)، قواعد الأحكام (٢٦٥/١-٢٦٧)، روضة الطالبين (٣١/٥-٣٢)، فتح الباري (١٥٠/٥)، مغني المحتاج (٢٨٦/٢، ٢٨٧).

رابعاً: المذهب الحنبلي:

إذا تلف بعض المغصوب فنقصت قيمة باقيه - كزوجي خفّ تلف أحدهما - فعلى الغاصب ردّ الباقي وقيمة التالف وأرش النقص، هذا هو المذهب عند الحنابلة.

وقيل: لا يلزمه أرش النقص، وهو قول ضعيف عندهم.

وعلّلوا لوجوب أرش النقص دون التخيير للمالك بين أخذ ماله وأرش نقصه وبين ترك ماله وأخذ قيمته: بأن النقص حصل من جناية على مال أرشها دون قيمته، فلم يملك المطالبة بجميع قيمته، كما لو كان الشقّ يسيرا، ولأنها جناية تنقص بها القيمة، فأشبه ما لو لم يتلف غرض صاحبها[1].

ورغم كون هذا الحكم في النقص أثناء الغصب، إلا أن الذي يبدو أن حكمه يشمل النقص من غير غصب؛ لأنهم لم يخصّوه بحكم يخالف هذا كما فعل أصحاب المذهب المالكي.

خامساً: المذهب الظاهري:

يفرق الظاهرية - فيما يظهر لي - بين النقص الذي يحصل في المال أثناء الغصب وبين النقص الذي يحصل في المال من غير غصب.

فأما النقص الذي يحصل في المال أثناء غصبه أو أخذه بغير حق فإنه يجب على الغاصب ضمان مثل ما نقص من المغصوب، وفي ذلك يقول أبو محمد ابن حزم: «فمن غصب شيئا أو أخذه بغير حق - لكن ببيع محرم أو هبة محرمة، أو بعقد فاسد، أو وهو يظن أنه له - ففرض عليه أن يرده إن كان حاضرا،

---

(١) انظر: المغني (٣٧٠/٧)، الإنصاف مع المقنع (١٧٦/١٥-١٧٧، ١٩٥-١٩٦، ٢٦٩-٢٧٠)، منتهى الإرادات (٣٧٠/١)، الروض المربع (ص٦٤٤).

أو ما بقي منه إن تلف بعضه - أقله أو أكثره - ومثل ما تلف منه، أو يرده ومثل ما نقص من صفاته أو مثله إن فاتت عينه»[١].

وأما النقص الذي يحصل في المال من غير غصب فإنه يجب على المتلف ضمان قيمة النقص، وفي ذلك يقول أبو محمد ابن حزم: «ومن كسر لآخر شيئاً، أو جرح له عبداً أو حيوانا، أو خرق له ثوباً، قوّم كل ذلك صحيحاً مما جنى عليه، ثم قوّم كما هو الساعة، وكلف الجاني أن يعطي صاحب الشيء ما بين القيمتين ولا بدّ، ولا يجوز أن يعطى الشيء المجني عليه للجاني...»[٢].

وبعد هذا التفصيل في ذكر المذاهب الفقهية المتقدمة في ضمان نقص مال الغير؛ تبين لي ما يأتي:

١- اتفاق المذاهب الفقهية المتقدمة على أن كل شيء كانت جملته مضمونة فإن النقص الداخل عليها يكون مضموناً.

٢- فرّق الحنفية والمالكية بين النقص الكثير واليسير، فجعلوا للمالك الخيار في النقص الكثير بين ترك ماله وأخذ قيمته وبين أخذ ماله وأرش نقصه[٣]، بخلاف النقص اليسير فإنهم لم يخيّروه، وإنما أوجبوا له أرش النقصان.

أما الشافعية والحنابلة والظاهرية فإنهم لم يفرّقوا بين النقص الكثير واليسير، ولم يجعلوا للمالك الخيار، وإنما أوجبوا له جبر النقص.

٣- اتفاق المذاهب الأربعة على أن جبر النقص يكون بضمان الأرش من القيمة دون المثل، سيراً على قاعدتنا في هذا المبحث.

---

(١) المحلى (٦/٤٣٠).

(٢) المرجع السابق (٦/٤٣٩).

(٣) هذا من حيث الجملة، وإلا فإن عند المذهبين تفصيلات في بعض الأحوال كما سبق ذكره.

ووافقهم الظاهرية في حالة حصول النقص في المال من غير غصب، بينما خالفوهم في حالة حصول النقص في المال أثناء الغصب؛ إذ أوجبوا ضمان مثل ما نقص من المغصوب.

ويمكن أن يستدل لكلا الفريقين بما ذكرت من الأدلة للقولين في مسألة ضمان المال القيمي، فليرجع إليها تفاديا للتكرار.

ولو قيل بوجوب ضمان النقص بمثل ما نقص من المال عند الإمكان وعدم المشقة، فإن لم يمكن أو شقّ ذلك انتقل إلى ضمانه بالأرش من القيمة لكان له وجه. والله تعالى أعلم بالصواب.

المطلب الخامس

في بعض المسائل المتعلقة بالقاعدة

المسألة الأولى: في ضمان نقص القيمة فقط:

اختلف الفقهاء فيما إذا ردّ الغاصب المال المغصوب بعينه - كامل الأوصاف والأجزاء - ناقص القيمة بسبب تغيّر الأسعار، هل يلزمه ضمان نقص القيمة؟ على قولين:

القول الأول: لا يضمن الغاصب نقص القيمة، وهو قول الحنفية[1] والمالكية[2] والشافعية[3] والمذهب عند الحنابلة[4].

---

(١) انظر: الهداية مع فتح القدير (٨/٢٥٥)، الاختيار (٣/٧٦).

(٢) انظر: المعونة (٢/١٢١٣)، الفروق (١/٢١٤).

(٣) انظر: قواعد الأحكام (١/٢٦٥)، روضة الطالبين (٥/٣١).

(٤) انظر: المغني (٧/٣٨٤)، الإنصاف مع المقنع (١٥/١٨٦).

وعلّلوا ذلك بأنه ردّ العين المغصوبة بحالها، لم يفت شيء من أوصافها ولا أجزائها، وإنما الفائت رغبات الناس، وهي غير متقوّمة في الشرع ولا قائمة بالعين[١].

القول الثاني: يجب على الغاصب ضمان نقص القيمة، وهو رواية عند الحنابلة[٢] اختارها شيخ الإسلام ابن تيمية[٣]، وهو قول أبي ثور[٤] وبعض الشافعية[٥] والظاهرية[٦].

وعللوا ذلك بأن الغاصب يضمن نقص القيمة إذا تلفت العين، فيجب أن يلزمه إذا ردّها كالسِّمن[٧].

وقد أجاب أبو محمد ابن قدامة على هذا التعليل قائلا: «لا نسلم أنه يضمنها مع تلف العين، وإن سلمنا فلأنه وجبت قيمة العين أكثر ما كانت قيمتها فدخلت في التقويم، بخلاف ما إذا ردّها، فإن القيمة لا تجب، ويخالف السِّمن، فإنه من عين المغصوب، والعلم بالصناعة صفة فيها، وههنا لم تذهب عين ولا صفة»[٨].

المسألة الثانية: في إصلاح المال الناقص إذا كان قابلا للإصلاح:

إذا حصل في المال نقص يسير، وكان قابلا للإصلاح، فإنه يجب على متلفه إصلاحه كالثوب يخيطه، والإناء يشعبه والعصا يجبرها، فإن رجع المال بعد

---

(١) انظر: الهداية مع فتح القدير (٨/٢٥٥)، الفروق (١/٢١٤)، قواعد الأحكام (١/٢٦٥)، المغني (٧/٣٨٤-٣٨٥).

(٢) انظر: الإنصاف مع المقنع (١٥/١٨٦).

(٣) انظر: المرجع السابق، وقارنه مع الاختيارات الفقهية (ص ١٦٥).

(٤) انظر: قواعد الأحكام (١/٢٦٥)، روضة الطالبين (٥/٣١).

(٥) انظر: روضة الطالبين (٥/٣١).

(٦) المحلى (٦/٤٣٦).

(٧) انظر: المغني (٧/٣٨٤).

(٨) انظر: المرجع السابق.

إصلاحه على حالته لم ينقص من قيمته شيء فلا شيء على المتلف، وإن نقصت قيمته غرم ما نقصه المال بعد الإصلاح[١].

المسألة الثالثة: في كيفية تقويم أرش النقص:

مرّ معنا أنه إذا حدث في المال المغصوب نقص يسير، فإن على الغاصب أرش النقص، وتكون طريقة تقويم أرش النقص بأن يقوّم المال قبل حدوث النقص، ثم يقوّم بعد النقصان، ثم يكلف الغاصب أو المتلف بأن يدفع قدر الفرق بين القيمتين[٢].

المطلب السادس

من فروع القاعدة

يندرج تحت هذه القاعدة فروع كثيرة، أذكر منها ما يأتي:

١- لو جرح صيداً له مِثل، فنقص عشر قيمته، لزمه عشر قيمة المثل، لا عشر المثل، وقيل: يجب عشر المثل إلا أن يتعذّر[٣].

---

(١) انظر: مجمع الضمانات (١/٣٢٠، ٣٢٢)، البهجة في شرح التحفة (٢/٣٥٤)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٤٥٢، ٤٦١)، منح الجليل (٧/١٤٧)، فتح الباري (٥/١٥٠)، مغني المحتاج (٢/٢٨٩)، الفروع (٤/٥٠٨).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٧/١٦٠)، مجمع الضمانات (١/٣١٩)، بداية المجتهد (٢/٣٨٩)، البهجة في شرح التحفة (٢/٣٥٤)، قواعد الأحكام (١/٢٦٧، ٢٦٩)، المغني (٧/٣٧١).

(٣) وهذا القول - أي القول الثاني - خرجه المزني على أصل الشافعي، وهو المذهب عند الحنابلة، وقد خالفوا فيه أصلهم الذي ذكرته في المطلب الرابع.

انظر: مختصر المزني (ص٧١)، روضة الطالبين (٣/١٦٠-١٦١)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/٢٣٢)، الأشباه والنظائر لابن الملقن (٢/٤٢٦)، المغني (٥/٤٠٧-٤٠٨)، الإنصاف مع المقنع (٩/٢٤-٢٨).

٢- إذا بلَّ الطعام المغصوب بالماء، أو قلاه بالنار، فإن عليه أرش نقصه[١].

٣- إذا غصب عصا فكسرها كسراً يسيراً، أو خرق ثوباً خرقاً يسيراً، فإن المالك يأخذ ماله ويضمن المتلف النقص[٢].

٤- إذا غصب شاة فذبحها وسلخها، كان للمغصوب منه أن يستردها ويضمنه النقصان، وإن شاء تركها وأخذ قيمتها حية[٣].

٥- إذا عرج الحمار المغصوب في يد الغاصب، فإن كان يمشي مع العرج ضمن الغاصب النقصان[٤].

٦- إذا غصب شابة حسناء، فصارت عنده عجوزا شوهاء، فعلى الغاصب أن يجبر ما فات من صفة شبابها ونضارتها بما بين قيمتيها[٥].

٧- لو هدم رجل داراً وجب عليه جبر تالفها بما بين قيمتيها في حالتي البناء والهدم[٦].

٨- إذا عمد شخص إلى مركوب يراد للجمال والركوب، فقطع أذنيه أو ذنبه؛ فهنا يكون مالكه مخيراً، إن شاء أخذ ما بين قيمته صحيحا ومعيباً، وإن شاء أسلمه وأخذ قيمته[٧].

---

(١) انظر: روضة الطالبين (٥/٣٢-٣٣)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/٢٣٢)، الأشباه والنظائر لابن الملقن (٢/٤٢٦).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٧/١٥٨)، مجمع الضمانات (١/٣٢٠)، المغني (٧/٣٧٠).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٧/١٥٨)، مجمع الضمانات (١/٣٢٧).

(٤) انظر: مجمع الضمانات (١/٣٣٠).

(٥) انظر: قواعد الأحكام (١/٢٦٧).

(٦) انظر: قواعد الأحكام (١/٢٦٨)، المغني (٧/٣٧٠).

(٧) انظر: المعونة (٢/١٢١٣-١٢١٤).

٩- إذا كسر شخص إناءً كسرا يسيرا، وجب عليه ضمان نقصه[١].

١٠- إذا غصب رجل طعاماً، فتركه عنده حتى سوس، وجب على الغاصب ردّ الطعام وأرش نقصه[٢].

١١- إذا غصب شيئين ينقصهما التفريق - كزوجي خف أو مصراعي[٣] باب - فتلف أحدهما، ردّ الباقي وقيمة التالف وأرش نقصهما[٤].

١٢- تعتبر العملات الورقية نقودا اعتبارية فيها صفة الثمنية كاملة، ولها الأحكام الشرعية المقرّرة للذهب والفضة من حيث أحكام الربا والزكاة والسلم وسائر أحكامها؛ لذا فإن العبرة في وفاء الديون الثابتة بعملة ما هي بالمثل وليس بالقيمة؛ لأن الديون تقضى بأمثالها، فلا يجوز ربط الديون الثابتة في الذمة - أيا كان مصدرها - بمستوى الأسعار[٥].

---

(١) انظر: المغني (٧/٣٧٠).

(٢) انظر: المرجع السابق.

(٣) المصراع من الباب: الشطر، وهما مصراعان، وذلك بأن يكون هناك بابان منصوبان ينضمان جميعا، مدخلهما في الوسط منهما. انظر: المصباح المنير (ص ١٢٩)، القاموس المحيط (ص ٩٥٢).

(٤) انظر: الشرح الكبير مع المقنع (١٥/٢٦٩-٢٧٠).

(٥) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي (ص ٩٣) بتصرف يسير.

المبحث الثالث

قاعدة: ما يوجب ضمان المنقول يوجب ضمان الأصول

هذه القاعدة تتعلق بأصول المضمون، حيث إن المضمون إما أن يكون ثابتا غير منقول كالأرض والدار، وهي التي تسمى أصولاً، وإما أن يكون منقولا غير ثابت كالنقود والعروض والحيوان، وقد سبق الكلام على قاعدة: «يضمن بالعقد وباليد الأموال المحضة المنقولة إذا وجد فيها النقل»[1]، وتطرقت فيها إلى المال غير المنقول؛ لذا فإن القارئ سيلاحظ إحالتي عليها في بعض المواضع، وذلك تفادياً للتكرار، وسيكون الكلام على هذه القاعدة في المطالب التالية:

المطلب الأول

في صيغ القاعدة

وردت بعض الصيغ لهذه القاعدة، أسوقها - حسب الترتيب الزمني - على النحو الآتي:

١- قال عبد الوهاب المالكي: «كل معنى يضمن به ما ينقل ويحول من الأعيان، فإنه يضمن به ما لا ينقل منها ولا يحول»[2].

٢- قال محيي السنة البغوي: «ما يضمن بالعقد يضمن بالغصب»[3].

---

(١) كما في صفحة ٢٥٣.

(٢) الإشراف للقاضي عبدالوهاب (٢/ ٦٣٠)، المعونة (٢/ ١٢١٤).

(٣) التهذيب للبغوي (٤/ ٣٢٠).

٣- قال أبو محمد ابن قدامة: «ما ضمن في البيع وجب ضمانه في الغصب»[(١)].

٤- قال برهان الدين ابن مفلح: «ما يضمن في الإتلاف يجب أن يضمن في الغصب»[(٢)].

٥- قال محمد الروكي: «ما يوجب ضمان المنقول يوجب ضمان الأصول»[(٣)]. وقد اختصرها من صيغة عبد الوهاب المالكي السابقة.

المطلب الثاني

في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة

المنقول: ذكرت فيما سبق[(٤)] أن الفقهاء يقسمون المال إلى قسمين:

الأول: المنقول، وهو كل مال يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر، ويشمل النقود والعروض والحيوان ونحوها من القيميات والمثليات، ويدخل فيه السفن والطائرات والسيارات اليوم.

الثاني: غير المنقول، وهو كل مال لا يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر، كالأرض والدور ويسمى العقار[(٥)].

---

(١) المغني (٣٦٤/٧)، الشرح الكبير مع المقنع (١١٦/١٥).

(٢) المبدع (١٥١/٥)، كشاف القناع (٧٧/٤).

(٣) قواعد الفقه للروكي (ص٢٣٣).

(٤) كما في صفحة ٢١٤-٢١٥.

(٥) انظر: درر الحكام (١١٦/١-١١٧) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (١٤٤/٣-١٤٥)، روضة الطالبين (٥١٧/٣)، المغني (٤٥٠/٦)، الأموال ونظرية العقد (ص١٥١)، المدخل للفقه الإسلامي لمدكور (ص٤٨٦-٤٨٧)، المدخل إلى نظرية الالتزام (ص١٦٣).

واختلف الفقهاء في البناء والشجر هل يعدان من المنقولات أو من غيرها؟ على قولين:

القول الأول: إن البناء والشجر يعتبران من المنقولات، إلا إذا كانا تابعين للأرض فيلحقان بالعقار حكما على سبيل التبعية، وهذا قول الحنفية(١).

القول الثاني: إن البناء والشجر القائمين يعدان من العقار، وهو قول المالكية(٢) والشافعية(٣) والحنابلة(٤).

الأصول: جمع أصل، وهو أساس الشيء، ويطلق على معان أخرى مثل: أسفل الشيء، والشرف والحسب، والشيء الثابت(٥).

والمراد به هنا المال غير المنقول الذي سبق بيانه.

المطلب الثالث

في المعنى الإجمالي للقاعدة

إن الضمان كما يجب في المنقولات كالحيوان والعروض وسائر ما ينقل، فكذلك يجب في الأصول كالدار والأرض والشجر وأنواع العقار(٦).

---

(١) انظر: حاشية رد المحتار (٦/٢١٧-٢١٨، ٤/٣٦١)، درر الحكام (٢/٧٦٩-٧٧١).

(٢) انظر: الإشراف للقاضي عبد الوهاب (٢/٦٣٠)، عقد الجواهر الثمينة (٢/٧٥٧-٧٥٨)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٩٢، ١٤٥، ٤٧٦، ٤٧٩).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٣/٥١٧)، مغني المحتاج (٢/٧١).

(٤) انظر: المغني (٦/٤٥٠)، المطلع (ص٢٥٦).

(٥) انظر: معجم مقاييس اللغة (١/١٠٩)، المصباح المنير (ص ٦).

(٦) قواعد الفقه للروكي (ص٢٣٣).

المطلب الرابع
في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة

سبق التوسع في ذكر أقوال الفقهاء في هذه القاعدة وأدلتهم، ومن باب تفادي التكرار فإني سأشير هنا باختصار إلى بعض ما ذكرته هناك، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: اتفق الفقهاء على أن الإتلاف سبب موجب للضمان، سواء كان المال المتلف منقولاً[١] أو غير منقول[٢].

ثانياً: اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على أن العقد سبب موجب للضمان، سواء كان المال منقولا أو غير منقول[٣].

ثالثا: اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على أن اليد سبب موجب للضمان في الأموال المنقولة[٤]، واختلفوا في كون اليد سبباً موجباً للضمان في الأموال غير المنقولة - كالعقار - على قولين:

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (١٦٤/٧)، الفروق (٢٠٦/٢)، المنثور (٣٢٢/٢-٣٢٤)، تقرير القواعد (٣١٦/٢).

(٢) انظر: المراجع السابقة. والبناية (٢٣٣/١٠)، مجمع الضمانات (٣٠٦/١)، المغني (٣٦٥/٧).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٢٣٩/٥)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص١٢٧، ٢٩١)، مجمع الضمانات (٤٧٥/١)، الإشراف (٥٥٣/٢)، قوانين الأحكام الشرعية (ص٣٤٨)، المنثور (٣٢٢/٢)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٣٦٢)، روضة الطالبين (٥٠١/٣)، المغني (١٨١/٦-١٨٦) تقرير القواعد (٣١٦/٢، ٣٢٤).

(٤) انظر: الهداية مع فتح القدير (٢٤٥/٨، ٢٥٠-٢٥٢)، مجمع الضمانات (٢٨٨/١، ٢٩٨)، الفروق (٢٠٧/٢)، شرح المنهج المنتخب (ص ٥٣٤)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٤٤٣/٣-٤٤٤)، القواعد للحصني (٤٢٠/٣)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٣٦٢)، روضة الطالبين (٨/٥)، تقرير القواعد (٣١٦/٢، ٣٢١-٣٢٥)، الإنصاف مع المقنع (١١٥/١٥)، الإرشاد للسعدي (ص١٤٨).

القول الأول: إن الأموال غير المنقولة - كالعقار - لا يتحقق فيها الغصب ولا تضمن به، فإن هلك العقار في يده بآفة سماوية لم يضمنه، أما إن أتلفه بفعله ضمنه بالإتلاف لا بالغصب.

وهذا قول أبي حنيفة[١] والقول الثاني لأبي يوسف[٢] ورواية عن أحمد[٣].

القول الثاني: إن الأموال غير المنقولة - كالعقار - يتحقق فيها الغصب وتضمن به بمجرد الاستيلاء.

وهذا قول المالكية[٤] والشافعية[٥] والمذهب عند الحنابلة[٦]، وهو قول محمد ابن الحسن[٧] والقول الأول لأبي يوسف[٨]، وقول الظاهرية[٩].

---

(١) انظر: الهداية مع فتح القدير (٨/٢٥٠-٢٥٢)، البناية (١٠/٢٢٢-٢٢٥)، البحر الرائق (١٢٦/٨)، الدر المختار مع حاشيته (١٨٦/٦)، مجمع الضمانات (١/٣٠٥-٣٠٧، ٢٤٣).

(٢) انظر: المراجع السابقة.

(٣) انظر: المغني (٧/٣٦٤-٣٦٥)، تقرير القواعد (٢/٣٢٤)، الإنصاف مع المقنع (١٥/١١٤-١١٥).

(٤) انظر: الإشراف للقاضي عبد الوهاب (٢/٦٣٠)، المعونة (٢/١٢١٤)، بداية المجتهد (٣٨٧/٢)، الذخيرة (٨/٢٨٥)، حاشية الدسوقي (٤٤٣/٣)، منح الجليل (٧/٨٠-٨١).

(٥) انظر: الأم (٣/٢٤٩-٢٥٠)، التهذيب للبغوي (٤/٣٢٠)، العزيز (٥/٤٠٥-٤٠٦)، روضة الطالبين (٥/٧-٨)، مختصر خلافيات البيهقي (٤١٧/٣)، مغني المحتاج (٢٧٥/٢).

(٦) انظر: المغني (٧/٣٦٤-٣٦٥)، تقرير القواعد (٢/٣٢٤)، الإنصاف مع المقنع (١٥/١١٤-١١٥)، منتهى الإرادات (١/٣٦٣)، تحفة أهل الطلب (ص١٠٦).

(٧) انظر: الهداية مع فتح القدير (٨/٢٥٠-٢٥١)، إيثار الإنصاف (ص٤٩١)، البناية (١٠/٢٢٣).

(٨) انظر: المراجع السابقة.

(٩) انظر: المحلى (٦/٤٤١-٤٤٢).

وقد اخترت القول الثاني، وكان من أهم الأدلة التي تؤيد هذا القول:

١- عن سعيد بن زيد ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: **(من أخذ شبرا من الأرض ظلما، فإنه يطوقه يوم القيامة من سبع أرضين)**. وفي لفظ آخر: **(من ظلم من الأرض شيئاً طوقه من سبع أرضين)**. وفي لفظ آخر: **(من اقتطع شبرا من الأرض ظلما طوقه الله إياه يوم القيامة من سبع أرضين)**[١].

٢- وعن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال: قال النبي ﷺ: **(من أخذ من الأرض شيئاً بغير حقه خسفت به يوم القيامة إلى سبع أرضين)**[٢].

وجه الدلالة من الحديثين السابقين: أن النبي ﷺ بيّن أن الأرض تؤخذ بغير حق، فدل هذا على أنها تغصب؛ لأن الغصب هو أخذ الشيء بغير حقه ظلما[٣].

٣- إنه لا يوجد دليل صحيح يدل على أنه لا تزال يد المالك إلا بفعل في العين[٤].

المطلب الخامس
من فروع القاعدة

هناك فروع فقهية كثيرة تندرج تحت هذه القاعدة، أذكر منها ما يأتي:

١- إذا اشترى شخص أرضاً أو بيتا، فإن المشتري يضمنه بمجرد العقد وإن لم يقبضه على الصحيح[٥].

---

(١) متفق عليه، وقد سبق تخريجه صفحة ٢٧٨.

(٢) رواه البخاري، وقد سبق تخريجه ٢٧٨.

(٣) انظر: المحلى (٤٤٢/٦)، فتح الباري (١٢٦/٥).

(٤) انظر: حاشية سعدي جلبي مع فتح القدير (٢٥٢/٨).

(٥) انظر: بدائع الصنائع (٢٣٨/٥-٢٣٩)، الإشراف للقاضي عبد الوهاب (٥٥٣/٢)، روضة الطالبين (٥٠١/٣، ٥١٧)، تقرير القواعد (٣٢٤/٢).

٢- إذا وضع رجل يده على أرض أو بيت مملوكين فإن الغصب يتحقق فيهما، ويضمنهما الغاصب بمجرد الاستيلاء عليهما على أصحّ القولين(١).

٣- إذا غصب شخص داراً فانهدمت الدار في يد الغاصب بدون فعل منه، فالصحيح أن ضمان الدار على الغاصب(٢).

٤- إذا انتقصت الأرض المغصوبة بيد الغاصب من غير زراعة من الغاصب، فإن الضمان على الغاصب(٣).

٥- إذا تلف شيء من الأرض أو الدار بفعل الغاصب أو بسبب فعله كهدم حيطانها وتغريقها وإلقاء الحجارة فيها، أو نقص يحصل بفرسه أو بنائه، فلا خلاف بين العلماء في أن الغاصب يضمنها(٤).

٦- إذا غرس شخص في أرض غيره بغير إذنه، أو بنى فيها، فطلب صاحب الأرض قلع غراسه أو هدم بنائه، لزم الغاصب ذلك(٥).

---

(١) انظر: رؤوس المسائل (ص٣٥٤)، المعونة (٢/١٢١٤)، العزيز (٥/٤٠٥-٤٠٦)، منتهى الإرادات (١/٣٦٣).

(٢) انظر: إيثار الإنصاف (ص٤٩٢).

(٣) انظر: المرجع السابق.

(٤) انظر: البناية (١٠/٢٢٣)، مجمع الضمانات (١/٣٠٦)، المغني (٧/٣٦٥).

(٥) انظر: المغني (٧/٣٦٥).

الفصل الثاني

القواعد والضوابط المتعلقة بعقود المضمون

وفيه سبعة مباحث:

المبحث الأول: قاعدة: كل ما جاز بيعه فعلى متلفه القيمة، وما لا يجوز بيعه فلا قيمة على متلفه.

المبحث الثاني: قاعدة: ما تصح إجارته فعلى متلفه الضمان.

المبحث الثالث: الضابط الفقهي: ما صح الرهن به صح ضمانه، وما لا فلا.

المبحث الرابع: الضابط الفقهي: العارية مضمونة.

المبحث الخامس: الضابط الفقهي: إذا استعار شيئاً ليرهنه بدين فرهنه، فسبيل هذا العقد سبيل العارية أو الضمان؟

المبحث السادس: الضابط الفقهي: كل من غصب شيئاً لزمه رده أو رد قيمته.

المبحث السابع: الضابط الفقهي: الصداق المعين في يد الزوج قبل القبض، مضمون ضمان عقد أو ضمان يد؟.

المبحث الأول

كل ما جاز بيعه فعلى متلفه القيمة، وما لا يجوز بيعه فلا قيمة على متلفه

هذه القاعدة تبين لنا أنه لا بد أن يكون الشيء المضمون مالا متقوّما؛ فإن لم يكن مالا متقوّما فلا يجب ضمانه، وسيكون الحديث في هذه القاعدة من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول

في صيغ القاعدة

لهذه القاعدة صيغ كثيرة ذكرها الفقهاء في كتبهم، أذكر ما وقفت عليه منها فيما يأتي مرتبة حسب الترتيب الزمني:

أولاً: المذهب الحنفي:

١- قال أبو زيد الدبوسي: «جواز البيع يتبع الضمان؛ فكل ما كان مضمونا بالإتلاف جاز بيعه، وما لا يضمن بالإتلاف لا يجوز بيعه»[١].

٢- قال أبو بكر السرخسي: «إتلاف ما ليس بمال متقوّم لا يوجب الضمان»[٢].

٣- قال أبو بكر الكاساني: «إتلاف مال مملوك لصاحبه يوجب الضمان»[٣].

---

(١) تأسيس النظر (ص٩٠).

(٢) المبسوط (٦/١٥١، ٢٤/٢٦).

(٣) بدائع الصنائع (٦/١٩٤).

٤- قال أبو الحسن المرغيناني: «جواز البيع والتضمين مرتبان على المالية والتقوم»[١].

٥- قال أبو محمد الزيلعي: «جواز البيع ووجوب الضمان مبنيان على المالية»[٢].

ثانياً: المذهب المالكي:

١- قال أبو العباس القرافي: «ما لا مالية له لا حرمة له»[٣].

٢- وقال أيضا: «المستهلك شرعاً لا يجب فيه قيمة»[٤].

ثالثاً: المذهب الشافعي:

١- قال أبو العباس ابن القاص[٥]: «كل ما جاز بيعه فعلى متلفه قيمته»[٦].

٢- وقال أيضا: «ما لا يجوز بيعه فلا قيمة على متلفه»[٧].

---

(١) الهداية مع فتح القدير (٨/٢٩٣)، الهداية مع البناية (١٠/٣١٦).

(٢) تبيين الحقائق (٥/٢٣٨).

(٣) الذخيرة (٨/٢٧٥).

(٤) الفروق (٤/٧).

(٥) هو: العلامة الفقيه أبو العباس أحمد بن أبي أحمد الطبري، المشهور بابن القاص، أخذ الفقه عن أبي العباس ابن سريج وغيره، وحدث عن أبي خليفة ومحمد ابن أبي شيبة وغيرهما، ومن تلاميذه: أبو علي الزجاجي وغيره، وله تصانيف مهمة منها: "التلخيص" و"المفتاح" و"أدب القاضي"، توفي سنة ٣٣٥هـ
انظر: طبقات الفقهاء للشيرازي (ص١٢٠)، طبقات الشافعية لابن السبكي (٣/٥٩-٦٠).

(٦) التلخيص لابن القاص (ص٣٠٤)، روضة الطالبين (٣/٤٦٧)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/٣٠٥)، المنثور (٣/١٠٧)، الأشباه والنظائر لابن الملقن (٢/٢٠٣)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٤٦٨).

(٧) الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/٣٠٥)، الأشباه والنظائر لابن الملقن (٢/٢٠٣).

٣- قال أبو الحسن الماوردي: «الصنعة المحظورة لا قيمة لها»[١].

٤- وقال أيضا: «ما كان متموّلا عند مالكه ضمن بالإتلاف»[٢].

٥- قال بدر الدين محمد الزركشي: «كل ما وجب فيه القيمة على متلفه جاز بيعه»[٣].

٦- قال محمد البكري: «كل ما جاز بيعه كان على متلفه القيمة»[٤].

٧- وقال أيضا: «من أتلف مالاً على مالكه وجب عليه ضمانه»[٥].

رابعاً: المذهب الحنبلي:

١- قال أبو محمد ابن قدامة: «لا يثبت الغصب فيما ليس بمال»[٦].

٢- وقال أيضا: «ما حرِّم الانتفاع به لم يجب ضمانه»[٧].

٣- وقال أيضا: «من أتلف مالاً محترماً لغيره ضمنه»[٨].

٤- قال منصور البهوتي: «الصناعة المحرمة لا قيمة لها شرعاً»[٩].

---

(١) الحاوي (٢٧٨/٣).

(٢) الحاوي (٢٢٢/٧)، وقد قاله الماوردي في معرض الاستدلال للحنفية في وجوب الضمان على متلف خمر الذمي؛ ولذلك قيدوه بـ«عند مالكه»؛ لأن الخمر غير متمول عند المسلم.

(٣) المنثور (١٠٨/٣)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٤٦٨).

(٤) الاعتناء (٤٣٩/١).

(٥) المرجع السابق (٥٦٦/١).

(٦) المغني (٤٢٩/٧).

(٧) المرجع السابق (٤٢٦/٧).

(٨) المقنع مع الإنصاف (٢٩٧/١٥)، المبدع (١٨٩/٥-١٩٠)، مجلة الأحكام الشرعية م١٤٢٣ (ص٤٤٣).

(٩) كشاف القناع (١٠٨/٤، ١٣٢).

خامساً: المذهب الظاهري:

قال أبو محمد ابن حزم: «من أتلف مالاً لا يحل تملكه فقد أحسن ولا شيء عليه»[١].

المطلب الثاني

في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة

بيعه: البيع لغة: ضد الشراء، ويطلق على الشراء أيضا، فهو من الأضداد[٢].

واصطلاحاً: ذكروا له تعريفات كثيرة، من أحسنها أنه: «مبادلة المال بالمال تمليكاً وتملكاً»[٣].

القيمة: سبق ذكر معنى القيمة في اللغة، وهو ثمن الشيء بالتقويم[٤]، لكن المراد بها هنا - في هذه القاعدة - مطلق الضمان، سواء كان بالمثل أو بالقيمة، وليس المراد بها خصوص القيمة المقابلة للمثل[٥].

المطلب الثالث

في المعنى الإجمالي للقاعدة

معنى القاعدة أن من أتلف مالاً متقوّما لغيره - بدون إذنه - وجب على المتلِف ضمانه، ومن أتلف ما ليس بمال متقوّم فلا يجب عليه ضمانه[٦].

---

(١) المحلى (٦/٤٤٧).

(٢) انظر: مختار الصحاح (ص ٧١)، القاموس المحيط (ص ٩١١).

(٣) المغني (٦/٥). وانظر: مغني المحتاج (٢/٢).

(٤) انظر: لسان العرب (١٢/٥٠٠)، القاموس المحيط (ص ١٤٨٧).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/٣٠٥، ٣٠٦)، الأشباه والنظائر لابن الملقن (٢/٢٠٣).

(٦) انظر: مجلة الأحكام الشرعية م١٤٢٣ (ص٤٤٣).

أما بقية شروط البيع - أعني غير شرط كون الشيء مالاً متقوّماً - فلا يلزم توفرها لوجوب الضمان، كما دلت على ذلك صيغ القاعدة.

المطلب الرابع
في حقيقة المال والمتقوّم

أشرت - فيما سبق[1] - إلى تعريف كل من المال والمتقوّم باختصار، ولكني أحببت التوسع فيه هنا، حتى يسهل علينا معرفة أقوال الفقهاء في القاعدة، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: تعريف المال والمتقوّم في اللغة:

١- **المال لغة:** يطلق على كل ما يتملكه الإنسان من الأشياء، وقيل: إن المال في الأصل: ما يملك من الذهب والفضة، ثم أطلق على كل ما يقتنى ويملك من الأعيان، وأكثر ما يطلق المال عند العرب على الإبل؛ لأنها كانت أكثر أموالهم، ويقال: (مال الرجل وتموّل) إذا صار ذا مال[2].

٢- **المتقوّم لغة:** اسم مفعول من قوّم، والقيمة واحدة القيم - بكسر القاف وفتح الياء - وهي: ثمن الشيء بالتقويم، فيقال: (كم قامت ناقتك؟) أي: كم بلغت قيمتها؟ ويقال: (قوّم السلعة واستقامها) أي: قدّرها وثمنها[3].

ثانياً: تعريف المال والمتقوّم في اصطلاح الفقهاء:

ذكر الفقهاء تعريفات كثيرة للمال والمتقوّم، وبيانها عند المذاهب الفقهية الأربعة على النحو الآتي:

---

(١) كما في صفحة ٨٧.

(٢) انظر: النهاية في غريب الحديث (٣٧٣/٤)، القاموس المحيط (ص ١٣٦٨).

(٣) انظر: لسان العرب (٥٠٠/١٢)، القاموس المحيط (ص ١٤٨٧).

أولاً: المذهب الحنفي:

ذكر فقهاء الحنفية تعريفات عديدة للمال، أقتصر منها على ما يأتي:

١- قال سعد الدين التفتازاني[١] في تعريف المال: «ما يميل إليه الطبع ويدّخر لوقت الحاجة، أو ما خلق لصالح الآدمي ويجري فيه الشحّ والضنة[٢]»[٣].

٢- قال ابن نجيم الحنفي: «وفي الكشف الكبير: المال: ما يميل إليه الطبع ويمكن ادّخاره لوقت الحاجة»[٤].

٣- ما جاء في الدر المختار أن «المال: ما يميل إليه الطبع ويجري فيه البذل والمنع»[٥].

٤- قال ابن عابدين: «المراد بالمال: ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة»[٦].

---

(١) هو: عالم النحو والتصريف سعد الدين مسعود بن عمر بن عبد الله الهروي الخراساني التفتازاني، ولد بتفتازان سنة ٧١٢هـ، أخذ عن القطب والعضد وغيرهما، له مؤلفات منها: "شرح تلخيص المفتاح" و"التلويح في كشف حقائق التنقيح" و"شرح العقائد النسفية"، توفي سنة ٧٩١هـ وقيل: سنة ٧٩٢هـ.

انظر: الدرر الكامنة (٤/٣٥٠)، البدر الطالع (٢/٣٠٣-٣٠٥)، كشف الظنون (١/٥٦، ٦٧)، هدية العارفين (٢/٤٢٩-٤٣٠).

(٢) الضنة: من ضنَّ بالشيء يضنّ - بفتح الياء - ضِنّاً - بالكسر - وضنانة - بالفتح - أي: بخل، فهو ضنين به. انظر: مختار الصحاح (ص ٣٨٥)، القاموس المحيط (ص ١٥٦٤).

(٣) التلويح على التوضيح (٢/٢٣٠).

(٤) البحر الرائق (٥/٢٧٧).

(٥) الدر المختار مع حاشية رد المحتار (٥/٥٠).

(٦) حاشية رد المحتار (٤/٥٠١، ٥/٥٠-٥١).

٥- جاء في المادة (١٢٦) من مجلة الأحكام العدلية: «المال: هو ما يميل إليه طبع الإنسان ويمكن ادخاره إلى وقت الحاجة، منقولاً كان أو غير منقول»(١).

ويمكن استخلاص عناصر المالية عند الحنفية من خلال تعريفاتهم السابقة بما يأتي:

(أ) أن يكون منتفعاً به عرفاً:

وقد عبّر بعضهم عن ذلك بقوله: «ما خلق لصالح الآدمي»، وعبر عنه أكثرهم ببعض لوازمه، وهو ميل الطبع.

(ب) أن يكون موجودا قابلا للادخار:

وقد عبروا عنه بقولهم: «ويمكن ادخاره لوقت الحاجة».

وهذا القيد يخرج المنفعة عن أن تكون مالاً عندهم.

(جـ) أن يكون له قيمة مادية بين الناس:

وقد عبر بعضهم عنه بقوله: «ويجري فيه الشحّ والضنة»، كما عبر البعض الآخر بـ«ويجري فيه البذل والمنع».

وبهذا يتبين لنا أن الحنفية لم يجعلوا إباحة الانتفاع بالمال شرعا عنصرا من عناصر المالية، مما دعاهم إلى تقسيم المال إلى متقوّم وغير متقوّم، ليخرجوا ما لا يحلّ الانتفاع به من الأموال عن أن يكون محلاً للعقد؛ نظرا لعدم تقومه(٢).

---

(١) درر الحكام (١/١١٥).

(٢) قضايا فقهية معاصرة (ص٣٠، ٣٣).

وقد عرفوا المتقوّم بعدة تعريفات، أذكر منها ما يأتي:

١- قال سعد الدين التفتازاني: «المتقوّم ما يجب إبقاؤه بعينه أو بمثله أو بقيمته»، ثم قال: «والخمر واجب اجتنابها بالنص، لعدم تقوّمها، لكنها تصلح للثمن؛ لأنها مال»[١].

٢- قال ابن عابدين: «المتقوّم: هو المال المباح الانتفاع به شرعاً»[٢].

٣- جاء في المادة (١٢٧) من مجلة الأحكام العدلية: «المال المتقوّم يستعمل في معنيين: الأول: ما يباح الانتفاع به، والثاني: بمعنى المال المحرز؛ فالسمك في البحر غير متقوّم، وإذا اصطيد صار متقوّما بالإحراز»[٣].

هذا وتثبت المالية عندهم بتمول الناس كافة أو بعضهم، والتقوّم يثبت بها وبإباحة الانتفاع بها شرعا؛ فما يكون مباح الانتفاع بدون تمول الناس لا يكون مالاً، كحبة حنطة، وما يكون مالاً بين الناس ولا يكون مباح الانتفاع لا يكون متقوّما، كالخمر، وإذا عدم الأمران لم يثبت واحد منهما، كالدم.

وحاصله: أن المال أعمّ من المتقوّم عندهم؛ لأن المال ما يمكن ادخاره ولو غير مباح، كالخمر، والمتقوّم ما يمكن ادخاره مع الإباحة؛ فالخمر مال لا متقوّم[٤].

ثانياً: المذهب المالكي:

عُرّف المال في المذهب المالكي بتعريفات عديدة، اخترت منها ما يأتي:

---

(١) التلويح على التوضيح (٢/ ٢٣٠).

(٢) حاشية رد المحتار (٥/ ٥٠).

(٣) درر الحكام (١/ ١١٦).

(٤) انظر: البحر الرائق (٥/ ٢٧٧)، حاشية رد المحتار (٤/ ٥٠١).

١- جاء في كتاب الإشراف للقاضي عبدالوهاب[1] ما مفاده أن المال «ما يتمول في العادة ويجوز أخذ العوض عليه».

٢- قال أبو بكر ابن العربي في تعريف المال: «ما تمتدّ إليه الأطماع، ويصلح عادة وشرعا للانتفاع به»، ثم قال بعد ذلك: «فإن منع منه الشرع لم ينفع تعلق الطماعية فيه، ولا يتصور الانتفاع منه، كالخمر والخنْزير مثلاً»[2].

٣- قال أبو إسحاق الشاطبي: «وأعني بالمال: ما يقع عليه الملك، ويستبدّ به المالك عن غيره إذا أخذه من وجهه»[3].

ومن خلال التعريفات السابقة يتبين لنا أن عناصر المالية عند المالكية هي:

١- أن يكون الشيء مما يباح الانتفاع به شرعاً:

وقد عبّروا عنه بقولهم: «ويجوز أخذ العوض عليه»، وقولهم: «ويصلح عادة وشرعا الانتفاع به».

٢- أن يكون الشيء له قيمة مادية بين الناس:

وقد عبّروا عنه بقولهم: «ما يتمول في العادة»، وقولهم: «ما تمتدّ إليه الأطماع»، وقولهم: «ويستبدّ به المالك».

أما المتقوّم فقد أدرجوه ضمن تعريف المال؛ فكأنهم بهذا عرّفوا المال المتقوّم، وهذا يستدعي أن يكون المال والتقوم عندهم متلازمين، ولذلك لم يقسموا المال إلى قسمين: متقوّم وغير متقوّم - كما فعل الحنفية -.

---

(١) (٢/٩٤٧).

(٢) أحكام القرآن لابن العربي (٢/٦٠٧).

(٣) الموافقات (٢/٣٢).

ثالثاً: المذهب الشافعي:

ذكر فقهاء الشافعية تعريفات عديدة للمال، أذكر منها ما يأتي:

١- حكى جلال الدين السيوطي عن الإمام الشافعي أنه قال: «لا يقع اسم المال إلا على ما له قيمة يباع بها وتلزم متلفه، وإن قلّت، وما لا يطرحه الناس، مثل الفلس وما أشبه ذلك»(١).

٢- جاء في روضة الطالبين: «... فما لا نفع فيه ليس بمال، فأخذ المال في مقابله باطل»(٢).

٣- قال بدر الدين الزركشي: «المال: ما كان منتفَعاً به، أي: مستعدا لأن ينتفع به، وهو إما أعيان أو منافع»(٣).

وبهذا يتضح لنا أن عناصر المال عند الشافعية هي:

١- أن يكون الشيء مما يباح الانتفاع به شرعاً:

حيث عبروا عنه بقولهم: «ما له قيمة يباع بها وتلزم متلفه»، وقولهم: «ما كان منتفَعاً به».

٢- أن يكون الشيء له قيمة مادية بين الناس:

ويفهم ذلك من قولهم: «ما له قيمة..»، وقولهم: «ما لا يطرحه الناس».

أما المتقوّم فقد أدخلوه ضمن تعريف المال، وهم بهذا عرّفوا المال المتقوّم، وينبني عليه أن المال والتقوّم عندهم متلازمان، ولذلك لم يجعلوا المال في قسمين: متقوّم وغير متقوّم.

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٣٢٧).

(٢) روضة الطالبين (٣/٣٥٢).

(٣) المنثور (٣/٢٢٢).

رابعاً: المذهب الحنبلي:

عُرِّف المال في المذهب الحنبلي بعدة تعريفات، أذكر منها ما يأتي:

١- قال أبوالنجا الحجاوي في تعريف المال: «هو ما فيه منفعة مباحة لغير حاجة أو ضرورة»(١).

٢- قال منصور البهوتي: «المال شرعاً: ما يباح نفعه مطلقا، أي: في كل الأحوال، أو يباح اقتناؤه بلا حاجة»(٢).

٣- جاء في المادة (١٨٢) من مجلة الأحكام الشرعية ما نصه: «المال: هو ما يباح نفعه مطلقا، أو اقتناؤه بلا حاجة»(٣).

ويستخلص من هذه التعريفات أن عناصر المال عند الحنابلة هي:

١- أن يكون الشيء مما يباح الانتفاع به شرعا في كل الأحوال.

٢- أن يكون الشيء ذا قيمة مادية بين الناس.

أما المتقوّم فقد أدرجوه ضمن تعريف المال، وكأنهم بهذا عرفوا المال المتقوّم، وهذا يعني أن المال والتقوّم عندهم متلازمان، ولذلك لم يقسموا المال إلى قسمين: متقوّم وغير متقوّم.

هذا وبعد استعراض تعريفات الفقهاء للمال يتبين لنا الآتي:

١- أن جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة اتفقوا على عناصر المالية - وإن اختلفوا في التعبير عنها -؛ إذ اشترط الجميع في المال:

---

(١) الإقناع (٢/١٥٦).

(٢) شرح منتهى الإرادات (٢/١٤٢).

(٣) مجلة الأحكام الشرعية (ص١١٠).

(أ) أن يكون فيه منفعة مقصودة مباحة شرعاً في حال السعة والاختيار، دون الضرورة والحاجة.

(ب) أن يكون ذا قيمة مادية بين الناس، بحيث يتموَّلونه عادة.

٢- أن جمهور الفقهاء - كما سبق - أدخلوا في تعريف المال التقوم الشرعي، (أي: جواز الانتفاع به شرعاً)، وكأنهم بهذا عرّفوا المال المتقوّم، وينبني على هذا أن المال والتقوم عندهم متلازمان، ولذلك لم يحتاجوا إلى تقسيم المال إلى متقوّم وغيره - كما فعل الحنفية-.

وإذا أطلق جمهور الفقهاء لفظ (المتقوّم) فإنما يريدون به ما له قيمة في عرف الناس، وعكسه غير المتقوّم[1].

٣- أن الحنفية خالفوا جمهور الفقهاء، حيث لم يشترطوا في المال أن يكون مباح الانتفاع به شرعا (التقوم الشرعي)، مما دعاهم إلى تقسيم المال إلى متقوّم وغير متقوّم، ليبنوا على ذلك وجوب الضمان على من اعتدى على مال متقوّم، بخلاف غير المتقوّم، فإن الجناية عليه هدر.

كما أن جواز التصرف الشرعي بالمال منوط بالتقوم، فالمال المتقوّم يصحّ التصرف فيه بأن يكون محلاً للعقد، بخلاف غير المتقوّم، فلا يجوز أن يكون محلاً للعقد.

على أنه لا تلازم بين التقوم والمالية عند الحنفية - كما سبق -، فقد يكون الشيء متقوّما (مباح الانتفاع) ولا يكون مالاً، كالحبة من القمح، وقد يكون الشيء مالاً ولا يكون متقوّما، كالخمر، وإذا عدم الأمران لم يثبت واحد منهما، كالدم[2].

---

(١) انظر: الذخيرة (٥/٤٠٠)، شرح حدود ابن عرفة (٢/٦٥١).

(٢) انظر: البحر الرائق (٥/٢٧٧)، حاشية رد المحتار (٤/٥٠١).

كما انفرد الحنفية باشتراط قابلية الادخار لوقت الحاجة في المال، دون سائر الفقهاء، مما حملهم على القول بخروج المنافع من حقيقة المال، لعدم قابليتها للادخار[١].

المطلب الخامس

في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة

وقد جعلته في الفروع الثلاثة الآتية:

الفرع الأول: في اتفاق الفقهاء على صحة القاعدة:

اتفق فقهاء الحنفية[٢] والمالكية[٣] والشافعية[٤] والحنابلة[٥] والظاهرية[٦] - من حيث الجملة - على أن من أتلف مالاً متقوّما لغيره بدون إذنه؛ فإنه يجب

---

(١) انظر: رؤوس المسائل (ص٣٥١)، قضايا فقهية معاصرة (ص٣٣، ٣٩-٤٠).

(٢) انظر: المبسوط (١٥١/٦، ٢٦/٢٤)، بدائع الصنائع (١٤٧/٧، ١٤٨، ١٦٤، ١٦٧)، الهداية مع فتح القدير (٢٤٤/٨-٢٤٦، ٢٨٤-٢٨٥، ٢٩٣)، البناية (٢١١/١٠-٢١٣، ٢٩٤-٢٩٥، ٣١٢-٣١٤)، مجمع الضمانات (٣١٣/١-٣١٨).

(٣) انظر: المعونة (١٢٢٠/٢)، بداية المجتهد (٣٨٦/٢)، عقد الجواهر الثمينة (٧٤٣/٢)، الفروق (٢٠٦/٢، ٧/٤، ٢٧)، الذخيرة (٢٧٥/٨-٢٨٠)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٣٤٤)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣٣٦/٤)، حاشية الدسوقي (٢٠٤/٢، ٤٤٧/٣)، منح الجليل (٩٦/٧).

(٤) انظر: التلخيص لابن القاص (ص٣٠٤)، الحاوي (٢٧٨/٣، ٢٢٢/٧)، قواعد الأحكام (٢٦٥/٢)، روضة الطالبين (٤٦٧/٣)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (٣٠٥/١)، المنثور (٣٢٢/٢-٣٢٣، ١٠٧/٣)، الأشباه والنظائر لابن الملقن (٢٠٣/٢)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٤٦٨).

(٥) انظر: المغني (٤٠١/٧، ٤٢٤، ٤٢٦، ٤٢٧، ٤٢٨، ٤٢٩)، المقنع مع الإنصاف (٢٩٧/١٥)، تقرير القواعد (٣١٦/٢)، المبدع (١٨٩/٥-١٩٠)، كشاف القناع (١٠٨/٤، ١٣٢)، القواعد والأصول الجامعة (ص ٤٣)، الإرشاد للسعدي (ص ١٤٨).

(٦) انظر: المحلى (٤٤٧/٦).

على المتلف ضمانه، وأما من أتلف ما ليس بمال متقوّم فلا يجب على المتلف ضمانه.

ويمكن أن يستدل لهم ببعض الأدلة، وقد قسمتها إلى قسمين:

القسم الأول: الأدلة المتعلقة بالمال المتقوّم:

١- قال تعالى: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ وَتُدْلُواْ بِهَآ إِلَى ٱلْحُكَّامِ لِتَأْكُلُواْ فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَٰلِ ٱلنَّاسِ بِٱلْإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾[١].

٢- وقال جلّ شأنه: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾[٢].

٣- قال عزّ وجلّ: ﴿ وَءَاتُواْ ٱلْيَتَٰمَىٰٓ أَمْوَٰلَهُمْ ۖ وَلَا تَتَبَدَّلُواْ ٱلْخَبِيثَ بِٱلطَّيِّبِ ۖ وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَهُمْ إِلَىٰٓ أَمْوَٰلِكُمْ ۚ إِنَّهُۥ كَانَ حُوبًا كَبِيرًا ﴾[٣].

٤- وقال جلّ جلاله: ﴿ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَٰلَ ٱلْيَتَٰمَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا ۖ وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا ﴾[٤].

٥- عن أبي بكرة ﷺ عن النبي ﷺ قال: **(إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم حرام عليكم، كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا)**[٥].

---

(١) سورة البقرة، الآية [١٨٨].

(٢) سورة النساء، الآية [٢٩].

(٣) سورة النساء، الآية [٢].

(٤) سورة النساء، الآية [١٠].

(٥) متفق عليه، وقد سبق تخريجه صفحة ٨١.

٦- ما جاء عن النبي ﷺ أنه قال: **(لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه)**[١].

٧- عن يزيد بن السائب ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: **(لا يأخذ أحدكم عصا أخيه لاعبا أو جاداً؛ فمن أخذ عصا أخيه فليردّها إليه)**[٢].

٨- عن أنس بن مالك ﷺ أن النبي ﷺ كان عنده بعض نسائه، فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين مع خادم بقصعة فيها طعام، فضربت بيدها فكسرت القصعة، فضمها وجعل فيها الطعام، وقال: **(كلوا)**، وحبس الرسول والقصعة حتى فرغوا، فدفع القصعة الصحيحة وحبس المكسورة. وفي لفظ أنه قال: **(طعام بطعام، وإناء بإناء)**.

وجه الدلالة من هذه الآيات الكريمة والأحاديث النبوية الشريفة: أن الشارع الحكيم حرم الاعتداء على أموال الناس، ورتّب عليه الإثم العظيم، وأوجب ضمانها على من أتلفها.

القسم الثاني: الأدلة المتعلقة بما ليس بمال متقوّم:

١- قال تعالى: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ وَٱلْأَنصَابُ وَٱلْأَزْلَـٰمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ ٱلشَّيْطَـٰنِ فَٱجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴾[٣].

وجه الدلالة: أمر الله عزّ وجلّ في هذه الآية الكريمة باجتناب الخمر والميسر والأنصاب والأزلام، وهذا يقتضي تحريم بيعها وشرائها وضمانها.

---

(١) تقدم تخريجه صفحة ١١٥.

(٢) تقدم تخريجه صفحة ١٥٥.

(٣) سورة المائدة، الآية [٩٠].

٢- عن جابر بن عبد الله ﷺ أنه سمع رسول الله ﷺ يقول عام الفتح وهو بمكة: (إن الله ورسوله حرّما بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام)، فقيل: يا رسول الله! أرأيت شحوم الميتة، فإنه يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس؟ فقال: (لا هو حرام)، ثم قال رسول الله ﷺ عند ذلك: (قاتل الله اليهود! إن الله عزّ وجلّ لمّا حرّم عليهم شحومها أجملوه[١] ثم باعوه فأكلوا ثمنه)[٢].

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ بيّن تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام وأخذ الثمن عليها، وهذا يقتضي تحريم ضمانها.

٣- عن أنس بن مالك ﷺ أن أبا طلحة[٣] سأل النبي ﷺ عن أيتام ورثوا خمراً، قال: (أهرقها)، قال: أفلا أجعلها خلاً؟ قال: (لا)[٤].

---

(١) أجملوه: يقال: (جملت الشحم وأجملته) إذا أذبته واستخرجت دهنه، و(جملت) أفصح (من أجملت).

انظر: النهاية في غريب الحديث (١/٢٩٨)، مختار الصحاح (ص ١١١-١١٢).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب البيوع، باب بيع الميتة والأصنام (٢/١٢٣) برقم ٢٢٣٦، ومسلم في صحيحه: كتاب المساقاة، باب تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام (٣/١٢٠٧) برقم ١٥٨١.

(٣) هو: الصحابي الجليل أبو طلحة زيد بن سهل بن الأسود بن حرام بن عمرو النجاري الأنصاري المدني، شهد العقبة وبدراً وأحداً والمشاهد كلها مع رسول الله ﷺ، وهو أحد النقباء، روى عن النبي ﷺ، وروى عنه: إسماعيل بن بشير وربيبه أنس بن مالك وزيد بن خالد الجهني وآخرون، مات سنة ٣٤هـ، وقيل غير ذلك.

انظر: تهذيب الكمال (١٠/٧٥-٧٧)، سير أعلام النبلاء (٢/٢٧)، الإصابة (٣/٢٨-٢٩).

(٤) أخرجه مسلم مختصرا: كتاب الأشربة، باب تحريم تخليل الخمر (٣/١٥٧٣) برقم ١٩٨٣، وأخرجه مطولا: أحمد في مسنده (٣/١١٩، ١٨٠، ٢٦٠)، وأبو داود في سننه: كتاب الأشربة، باب ما جاء في الخمر تخلل (٤/٨٢) برقم ٣٦٧٥.

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ أمر بإراقة الخمر، ولم يأمر بضمانه، فدل على عدم تقومه.

٤- عن أبي مسعود الأنصاري[1] أن رسول الله ﷺ نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان[2] الكاهن[3].

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ حرّم أخذ الثمن على الكلب والفاحشة والكهانة، وهذا يقتضي تحريم ضمانه وأخذ العوض عليه.

الفرع الثاني: في أسباب خلاف العلماء في بعض فروع القاعدة:

ذكرت في الفرع الأول اتفاق الفقهاء - من حيث الجملة - على وجوب الضمان على من أتلف مالاً متقوّما لغيره بدون إذنه، وأما من أتلف ما ليس بمال متقوّم فلا يجب عليه ضمانه.

وعلى الرغم من وجود هذا الاتفاق على صحة هذه القاعدة، فقد وجد خلاف فيما بينهم في بعض المسائل الفرعية، ولعل من أهمّ تلك الأسباب لوجود هذا الخلاف ما يأتي:

---

(١) هو: الصحابي الجليل أبو مسعود عقبة بن عمرو بن ثعلبة بن أسيرة بن عطية الخزرجي الأنصاري البدري، شهد العقبة، واختلف في شهوده بدراً، وشهد أحداً وما بعدها، روى عن النبي ﷺ، وروى عنه: ابنه بشير وأوس بن ضمعج وربعي بن خراش وغيرهم، مات بعد سنة ٤٠هـ، وقيل غير ذلك.

انظر: تهذيب الكمال (٢٠/٢١٥-٢١٨)، الإصابة (٤/٢٥٢).

(٢) حلوان: أي ما يعطاه الكاهن من الأجر والرشوة على كهانته.

انظر: النهاية في غريب الحديث (١/٤٣٥)، المصباح المنير (ص ٥٧).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب البيوع، باب ثمن الكلب (٢/١٢٣) برقم ٢٢٣٧، ومسلم في صحيحه: كتاب المساقاة، باب تحريم ثمن الكلب وحلوان الكاهن، ومهر البغي والنهي عن بيع السنور (٣/١١٩٨) برقم ١٥٦٧.

١- اختلافهم في مالية وتقوّم بعض الأشياء، كالكلب[1]، وآلات اللهو كالطبل والدفّ والمزمار[2]، فبعضهم ذهب إلى أنها مال متقوّم، والبعض الآخر ذهب إلى أنها ليست بأموال متقوّمة.

٢- اختلافهم في هل المعتبر مالية الشيء وتقوّمه عند المتلِف أم عند المالك؟

مثال ذلك: اتفق الفقهاء على أنه إذا أتلف مسلم أو ذمي خمراً أو خنزيراً لمسلم؛ لا يضمن له شيئاً؛ لعدم تقومهما في حق المسلم[3].

واختلفوا في إتلاف الخمر والخنزير لذمي؛ فبعضهم ذهب إلى وجوب ضمانها؛ لأنهما مال متقوّم في حق الذمي، والبعض الآخر ذهب إلى أنها لا تضمن؛ لأنهما ليسا بمال متقوّم في حق المسلم، فكذلك في حق الذمي كالميتة[4].

الفرع الثالث: في أسباب عدم مالية الشيء وتقوّمه:

هناك أسباب - ذكرها العلماء - لعدم مالية الشيء وتقومه، أذكرها كما يأتي:

١- النجاسة، كالكلب والخنزير والميتة والسرجين[5] النجس.

---

(١) انظر: رؤوس المسائل (ص ٢٩١)، الإشراف للقاضي عبد الوهاب (٢/٥٦٢-٥٦٣)، روضة الطالبين (٣/٣٥٠)، المغني (٦/٣٥٢-٣٥٣).

(٢) انظر: الهداية مع فتح القدير (٨/٢٩٣)، روضة الطالبين (٣/٣٥٤، ٥/١٧)، المغني (٧/٤٢٧).

(٣) انظر: الهداية مع فتح القدير (٨/٢٨٥)، الإشراف للقاضي عبد الوهاب (٢/٦٣١)، روضة الطالبين (٥/١٧)، المغني (٧/٤٢٤).

(٤) انظر: المراجع السابقة.

(٥) السرجين - بكسر السين -: معرب، ويقال: سرقين، وهو الزبل والروث.
انظر: مختار الصحاح (ص ٢٩٣)، المصباح المنير (ص ١٠٤).

٢- عدم المنفعة، ولها سببان:

(أ) القلة والتفاهة، كالحبة والحبتين من الحنطة والزبيب ونحوهما.

(ب) الخسة: كالحشرات.

٣- ورود نهي من الشارع عن اقتنائها وبيعها والانتفاع بها، كالأصنام وآلات اللهو والخمر[١].

المطلب السادس

من فروع القاعدة

هناك فروع كثيرة تندرج تحت هذه القاعدة، أذكر منها ما يأتي:

١- إذا أتلف مسلم أو ذمي خمراً أو خنزيرا، سواء أكان لمسلم أو ذمي؛ فإنه لا يجب عليه ضمانها[٢].

٢- إذا غصب شخص من ذمي خمراً لزمه ردّها؛ لأنه يقرّ على شربها، وإن غصبها من مسلم لم يلزم ردّها، ووجبت إراقتها[٣].

٣- إذا غصب شخص كلباً يجوز اقتناؤه؛ وجب ردُّه؛ لأنه يجوز الانتفاع به واقتناؤه، فأشبه المال، وإن أتلفه لم يغرمه، وإن حبسه مدة لم يلزمه أجر[٤].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (١٤٠/٥-١٤٦)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٢٤٩)، منح الجليل (٤٥٢/٤-٤٥٦)، روضة الطالبين (٣٥٢/٣)، الإنصاف مع المقنع (٢٣/١١-٥٤)، معجم لغة الفقهاء (ص٤٠٣).

(٢) انظر: الهداية مع فتح القدير (٢٨٥/٨)، الإشراف للقاضي عبد الوهاب (٦٣١/٢)، روضة الطالبين (١٧/٥)، المغني (٤٢٤/٧).

(٣) انظر: روضة الطالبين (١٧/٥)، المغني (٤٢٦/٧).

(٤) انظر: رؤوس المسائل (ص ٢٩١)، الإشراف للقاضي عبد الوهاب (٥٦٢/٢-٥٦٣)، روضة الطالبين (٣٥٠/٣)، المغني (٣٥٢/٦-٣٥٣).

٤- من كسر صليباً أو مزماراً أو طبلاً أو صنماً لم يضمنه[١].

٥- إذا كسر شخص آنية ذهب أو فضة؛ فهل يلزمه الضمان؟ قيل: لا يلزمه؛ لأنه أتلف ما ليس بمباح، وقيل: يلزمه الضمان، بناء على القول بجواز اقتنائها[٢].

٦- إذا كسر أحد آنية الخمر فهل يلزمه الضمان؟ على قولين، قيل: يلزمه الضمان؛ لأنها مال يمكن الانتفاع به ويحل بيعه، وقيل: لا يضمنها؛ لأنها ساقطة الحرمة[٣].

٧- لا يجوز أخذ الحبة والحبتين - من حنطة أو زبيب - من صبرة الغير، فإن أخذ لزمه ردّها، فإن تلفت فلا ضمان عليه؛ إذ لا مالية لها[٤].

٨- من رأى قوماً يلعبون بالشطرنج، فنهاهم فلم ينتهوا، فأخذ الشطرنج فكسره؛ فإنه لا يلزمه الضمان[٥].

٩- لا ضمان في تحريق الكتب المضلة وإتلافها، ككتب الكفر والتنجيم والشعوذة والفلسفة وغيرها من الكتب الباطلة المحرمة؛ لأنه ليس فيها منفعة مباحة[٦].

---

(١) انظر: الهداية مع فتح القدير (٢٩٣/٨)، روضة الطالبين (٤٥٤/٣، ١٧/٥)، المغني (٤٢٧/٧)، الطرق الحكمية (ص ٢٧١).

(٢) انظر: الاعتناء (٥٦٦/١)، المغني (٤٢٧/٧)، الطرق الحكمية (ص٢٧٤-٢٧٥).

(٣) انظر: المغني (٤٢٨/٧-٤٢٩)، الطرق الحكمية (ص٢٦٦، ٢٧٧).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٣٥٢/٣).

(٥) انظر: الطرق الحكمية (ص٢٧١).

(٦) انظر: المجموع (٣٠٣/٩-٣٠٤).

١٠- ويمكن أن يلحق بما سبق - مع ما قد يوجد من تفصيل في بعضها - ما يأتي:

(أ) المخدرات[١].

(ب) الدخان[٢].

(جـ) التلفاز وجهاز الفيديو إذا استعملا في الإفساد[٣].

(د) أشرطة الكاسيت والفيديو الضارة[٤].

(هـ) الأطباق الفضائية الضارّة[٥].

(و) الصحف والمجلات الساقطة[٦].

(ز) الصور الفوتوغرافية[٧].

---

(١) انظر: فتاوى إسلامية (٣/٣٧٩-٣٨٠)، بيع الأعيان المحرمة (ص١٢).

(٢) انظر: فتاوى إسلامية (٢/٣٦٨-٣٦٩)، فتاوى الشيخ محمد الصالح العثيمين (٢/٩١١-٩١٩)، الفتاوى الشرعية في المسائل العصرية (ص٧٩٣).

(٣) انظر: فتاوى إسلامية (٤/٣٦٣-٣٦٤، ٣٦٦، ٣٧٠-٣٧٣).

(٤) انظر: فتاوى إسلامية (٢/٣٦٩-٣٧١، ٤/٣٧٤-٣٧٥)، الفتاوى الشرعية في المسائل العصرية (ص٧٩٦).

(٥) انظر: فتاوى إسلامية (٤/٣٧٥-٣٧٨)، الفتاوى الشرعية في المسائل العصرية (ص١١٦٦-١١٦٧).

(٦) انظر: فتاوى إسلامية (٢/٣٧١-٣٧٢، ٤/٣٧٩-٣٨٨).

(٧) انظر: فتاوى إسلامية (٤/٣٥٥-٣٦٧)، بيع الأعيان المحرمة (ص٧٤-٨٩)، أحكام التصوير (ص٦٣١-٦٤٢).

المبحث الثاني

قاعدة: ما تصح إجارته فعلى متلفه الضمان

هذه القاعدة تعبر عما عبرت عنه القاعدة التي قبلها، ولكن بصيغة جديدة، وسوف أتناولها في المطالب الآتية:

المطلب الأول

في صيغ القاعدة

كل صيغة ذكرتها من صيغ القاعدة السابقة، تصلح أن تكون صيغة لهذه القاعدة؛ لأن كلا القاعدتين تؤديان إلى معنى واحد، وأضيف إلى تلك الصيغ ما يأتي:

١- قال القاضي عبد الوهاب: «ما صحّت إجارته جاز وجوب القيمة على متلفه»(١).

٢- قال محمد الروكي: «ما تصح إجارته فعلى متلفه الضمان»(٢).

المطلب الثاني

في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة

إجارته: الإجارة في اللغة: من الأجر، وهو الثواب والجزاء على العمل(٣).

---

(١) الإشراف للقاضي عبد الوهاب (٢/ ٥٦٣).

(٢) قواعد الفقه الإسلامي للروكي (ص٢٣٥).

(٣) انظر: معجم مقاييس اللغة (١/ ٦٢-٦٣)، لسان العرب (٤/ ١٠).

وفي الاصطلاح: عرِّفت بتعريفات كثيرة، لعلّ من أحسنها أنها: «عقد على منفعة مباحة معلومة من عين معينة، أو موصوفة في الذمة مدة معلومة، أو عمل معلوم، بعوض معلوم»(١).

المطلب الثالث

في المعنى الإجمالي للقاعدة

تفيد هذه القاعدة ما أفادته القاعدة التي قبلها، وهو أن الضمان مبني على المالية والتقوم؛ فمن أتلف مالاً متقوّما لغيره بدون إذنه وجب عليه ضمانه، ومن أتلف ما ليس بمال متقوّم فلا يجب عليه الضمان(٢).

المطلب الرابع

في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة

اتفق فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية - من حيث الجملة - على أن من أتلف مالاً متقوّما لغيره بدون إذنه، فإنه يجب على المتلف ضمانه، وأما من أتلف ما ليس بمال متقوّم فلا يجب على المتلف ضمانه.

وقد استدلوا بأدلة كثيرة من الكتاب والسنة، سبق ذكرها في القاعدة السابقة(٣).

كما أنهم اختلفوا في بعض المسائل الفقهية - على الرغم من اتفاقهم على صحة القاعدة - وذلك راجع لأسباب ذكرت أهمها في القاعدة السابقة(٤).

---

(١) الروض المربع (٦١٦/١). وانظر: الهداية مع فتح القدير (٣/٨)، المعونة (١٠٨٨/٢)، مغني المحتاج (٣٣٢/٢)، الإقناع (٤٨٧/٢).

(٢) كما في صفحة ٤٩٢، ٥٠٠.

(٣) كما في صفحة ٥٠٠-٥٠٤.

(٤) كما في صفحة ٥٠٥-٥٠٦.

المطلب الخامس

من فروع القاعدة

هناك فروع كثيرة تندرج تحت القاعدة، ذكرت أغلبها ضمن الفروع المندرجة تحت القاعدة السابقة، فليرجع إليها.

المبحث الثالث

الضابط الفقهي، ما صح الرهن به صح ضمانه، وما لا فلا

يتعلق هذا الضابط الفقهي بالأشياء التي تصح كفالتها، وقد يسّر الله دراستها في المطالب الآتية:

المطلب الأول

في صيغ الضابط

وردت صيغ كثيرة لهذا الضابط، كان للمذهب الشافعي النصيب الأوفر فيها، وهذه هي الصيغ، مرتبة حسب المذاهب الفقهية:

أولاً: المذهب الحنفي:

١- قال زين الدين ابن نجيم: «ما جازت الكفالة به جاز الرهن به»[1].

ثانياً: المذهب الشافعي:

١- قال أبو القاسم الرافعي: «ما يجوز الرهن به يجوز ضمانه» ثم قال: «وبالعكس»[2].

٢- قال أبو سعيد العلائي: «كل ما جاز الرهن به جاز ضمانه، وما لا يجوز الرهن عليه لا يجوز ضمانه»[3].

٣- قال عبد الوهاب السبكي وأبو حفص ابن الملقن: «كل ما صحّ الرهن به صحّ ضمانه، وما لا فلا»[4].

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٤٨).

(٢) العزيز (٤/٤٦١). وانظر: روضة الطالبين (٤/٥٥-٥٦).

(٣) المجموع المذهب (بتحقيق سراج الدين بلال) (ص٢٠٦).

(٤) الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/٢٤٩)، الأشباه والنظائر لابن الملقن (٢/١٧٥).

٤- قال بدر الدين الزركشي: «ما جاز الرهن به جاز ضمانه، وما لا فلا»[1].

٥- قال أبو بكر الحصني: «كل ما جاز الرهان به جاز ضمانه، وما لا يجوز الرهن عليه لا يجوز ضمانه»[2].

٦- قال محمد البكري: «كل ما جاز أن يكون رهنا جاز أن يكون مضموناً»[3].

٧- قال جلال الدين السيوطي: «ما صحّ الرهن به صحّ ضمانه وما لا فلا»[4].

ثالثاً: المذهب الحنبلي:

١- قال أبو محمد ابن قدامة: «قال القاضي[5]: كل ما جاز أخذ الرهن به جاز أخذ الضمين به، وما لم يجز الرهن به لم يجز أخذ الضمين به»[6].

---

(١) المنثور (١٣٨/٣).

(٢) القواعد للحصني (١٦٠/٤).

(٣) الاعتناء (٥٠٧/١).

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٤٦١).

(٥) هو العلامة شيخ الحنابلة القاضي أبو يعلى محمد بن الحسين بن محمد بن خلف بن أحمد الفراء البغدادي الحنبلي، ولد في أول سنة ٣٨٠هـ، وسمع علي بن عمر الحربي وأبا القاسم بن حباية وغيرهما، وحدث عنه: الخطيب وأبو الخطاب الكلواذاني وأبو الوفاء ابن عقيل وآخرون، من مؤلفاته: "التعليقة الكبرى" في الفقه، و"العدة" في أصول الفقه، وغيرهما، توفي سنة ٤٥٨هـ.

انظر: طبقات الحنابلة (١٩٣/٢)، سير أعلام النبلاء (٨٩/١٨-٩٣)، المقصد الأرشد (٣٩٥/٢-٣٩٦).

(٦) المغني (٤٢٧/٦)، الشرح الكبير مع المقنع (٣٢١/١٢).

المطلب الثاني

في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في الضابط

الرهن: في اللغة: ما وضع عندك لينوب مناب ما أخذ منك، ويطلق على الثبوت والدوام والحبس ولزوم الشيء[(١)].

واصطلاحاً: عرّف بتعريفات كثيرة، أكتفي منها بهذين التعريفين:

١- «جعل عين مال وثيقة بدين يستوفى منها عند تعذر وفائه»[(٢)].

٢- «توثقة دين بعين يمكن استيفاؤه منها، أو من ثمنها»[(٣)].

ضمانه: المراد بالضمان هنا الكفالة، وليس ضمان المتلفات، وقد سبق ذكر تعريف الكفالة[(٤)]، وأن المراد منها: «التزام حق ثابت في ذمة الغير أو إحضار من هو عليه أو عين مضمونة»[(٥)].

المطلب الثالث

في المعنى الإجمالي للضابط

كل شيء جاز أخذ الرهن به، فإنه يجوز أخذ الكفيل به، وما لم يجز أخذ الرهن به فإنه لا يجوز أخذ الكفيل به.

---

(١) معجم مقاييس اللغة (٢/٤٥٢-٤٥٣)، لسان العرب (١٣/١٨٨-١٩٠).

(٢) مغني المحتاج (٢/١٢١).

(٣) الروض المربع (١/٥٤٥). وانظر: الهداية مع فتح القدير (٩/٦٤)، عقد الجواهر الثمينة (٢/٥٧٧).

(٤) كما في صفحة ٧٢.

(٥) مغني المحتاج (٢/١٩٨). وانظر: الاختيار (٢/٢٠٠)، شرح الزرقاني على خليل (٦/٢٢)، المغني (٧/٧١).

المطلب الرابع
في أقوال الفقهاء وأدلتهم في الضابط

ذهب الحنفية[١] والشافعية[٢] والحنابلة[٣] إلى صحة هذا الضابط الفقهي، وهو أن كل ما جاز الرهن به جازت كفالته، وما لا يجوز الرهن عليه لا تجوز كفالته.

ولم أعثر لهم على أدلة لهذا الضابط، غير أنه يستأنس بأن كلاً من العقدين - عقد الرهن وعقد الكفالة - عقد توثيق؛ ولذلك اتفقت أسباب التوثيق بهما[٤].

أما المالكية فلم أقف لهم على قول في هذا الضابط. والله تعالى أعلم الصواب.

المطلب الخامس
من فروع الضابط

يندرج تحت هذا الضابط الفقهي فروع كثيرة، أقتصر منها على ما يأتي:

---

(١) نظر: الهداية مع فتح القدير (٩/٧٤-٧٥)، البناية (١١/٥٦٠)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٤٨)، الدر المختار مع حاشية رد المحتار (٥/٣٣٠)، غمز عيون البصائر (٣/٢٤٦-٢٤٧).

(٢) انظر: العزيز (٤/٤٦١)، روضة الطالبين (٤/٥٥-٥٦)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/٢٩٤)، الأشباه والنظائر لابن الملقن (٢/١٧٥)، المنثور (٣/١٣٨)، القواعد للحصني (٤/١٦٠)، الاعتناء (١/٥٠٧)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٤٦١).

(٣) انظر: المغني (٦/٤٢٧)، الشرح الكبير مع المقنع (١٢/٣٢١)، المبدع (٤/٢٠٢-٢٠٣).

(٤) انظر: الدر المختار مع حاشية رد المحتار (٥/٣٣٠)، العزيز (٤/٤٦١)، روضة الطالبين (٤/٥٥).

١- لا يصح الرهن بالأعيان غير المضمونة، كالوديعة ومال الشركة ومال المضاربة والعين المستأجرة والمال في يد الوكيل أو الوصي[(١)]، وكذلك لا تصح كفالتها[(٢)].

٢- يصح الرهن بالأعيان المضمونة بنفسها، كالمغصوب في يد الغاصب[(٣)]، وكذلك تصح كفالتها[(٤)].

٣- لا يصح الرهن بدين لم يثبت[(٥)]، ولا يصح ضمان هذا الدين ؛ لأنه إذا لم يجب على الأصيل فلا يجب ضمانه على الكفيل من باب أولى[(٦)].

٤- يصح الرهن بالمنفعة[(٧)]، وكذلك تصح كفالتها[(٨)].

٥- يصح الرهن بأروش الجنايات[(٩)]، وكذلك يصح ضمانها[(١٠)].

---

(١) انظر: حاشية رد المحتار (٦/٤٩٢)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٢٤٥)، كشاف القناع (٣/٢٦٦).

(٢) انظر: مغني المحتاج (٢/٢٠٢)، المغني (٧/٧٦).

(٣) انظر: حاشية رد المحتار (٦/٤٩٤)، مغني المحتاج (٢/١٢٦)، المبدع (٤/٢١٥)، كشاف القناع (٣/٢٦٦).

(٤) انظر: مغني المحتاج (٢/٢٠٢)، المغني (٧/٧٦)، كشاف القناع (٣/٣٧٠).

(٥) انظر: روضة الطالبين (٤/٥٣).

(٦) انظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٣٣٣)، روضة الطالبين (٤/٢٤٤).

(٧) انظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٢٤٥)، روضة الطالبين (٤/٥٤).

(٨) انظر: الذخيرة (٩/٢٢٠)، روضة الطالبين (٤/٢٥٢).

(٩) انظر: حاشية رد المحتار (٦/٤٩٣)، روضة الطالبين (٤/٥٤).

(١٠) انظر: تبيين الحقائق (٣/١٥٣)، عقد الجواهر الثمينة (٢/٦٦٥)، روضة الطالبين (٤/٢٥١)، المغني (٧/٧٥).

المطلب السادس

في مستثنيات الضابط

استثنى الفقهاء بعض الفروع الفقهية التي خرجت عن هذا الضابط، أذكرها على النحو الآتي:

١- يصح ضمان الدرك، ولا يجوز الرهن عليه؛ لأنه يجوز أن يخرج المبيع مستحقا، بل هذا هو الغالب؛ فيلزم أن يبقى مرهونا أبدا، ومثل ذلك لا يحتمل[١].

٢- تصح كفالة رد الأعيان المضمونة، ولا يصح الرهن بها؛ لأن كفالتها لا تجر - لو لم تتلف - إلى ضرر، بخلاف الرهن بها؛ فإنه يجر إلى ضرر دوام الحجر في المرهون[٢].

٣- يصح ضمان الكتابة، ولا يصح الرهن بها[٣].

٤- تصح كفالة ما لم يجب من الحقوق، ولا يصح الرهن به[٤].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٤٨)، الدر المختار مع حاشية رد المحتار (٣٣٠/٥، ٤٩٢/٦)، غمز عيون البصائر (٢٤٦/٣)، روضة الطالبين (٥٦/٤)، المجموع المذهب (بتحقيق سراج الدين ص٢٠٦)، القواعد للحصني (١٦٠/٤)، الاعتناء (٥٠٧/١)، المغني (٤٢٧/٦)، الشرح الكبير مع المقنع (٣٢١/١٢).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٥٦/٤)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (٢٩٤/١)، المنثور (١٣٨/٣)، الأشباه والنظائر لابن الملقن (١٧٥/٢)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٤٦١)، مغني المحتاج (١٢٦/٢).

(٣) انظر: غمز عيون البصائر (٢٤٦/٣-٢٤٧)، المغني (٤٢٧/٦)، الشرح الكبير مع المقنع (٣٢١/١٢).

(٤) انظر: المراجع السابقة.

٥- تجوز الكفالة بالكفالة بالنفس، ولا يجوز الرهن بها[١].

ولعل السبب في التفريق بين الرهن والكفالة هنا يظهر من وجهين:

أحدهما: أن الرهن بهذه الأشياء يبطل الإرفاق، فإنه إذا باع عبده بألف، ودفع رهنا يساوي ألفاً، فكأنه ما قبض الثمن، ولا ارتفق به، والمكاتب إذا دفع ما يساوي كتابته، فما ارتفق بالأجل؛ لأنه كان يمكنه بيع الرهن أو بقاء الكتابة ويستريح من تعطيل منافع عبده، والضمان بخلاف هذا.

الثاني: أن ضرر الرهن يَعُمّ؛ لأنه يدوم بقاؤه عند المشتري، فيمنع البائع التصرف فيه، والضمان بخلافه[٢].

---

(١) انظر: غمز عيون البصائر (٢٤٦/٣).

(٢) المغني (٤٢٧/٦)، الشرح الكبير مع المقنع (٣٢١/١٢). وانظر: مغني المحتاج (١٢٦/٢).

المبحث الرابع

الضابط الفقهي، العارية مضمونة

يتعلق هذا الضابط الفقهي بعقد العارية، وهو يُعدّ - عند جماعة من الفقهاء - عقد ضمان، وسوف تكون دراستي لهذا الضابط من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول

في صيغ الضابط

وردت صيغ كثيرة لهذا الضابط - ذكرها الفقهاء في كتبهم - إلا أنها اختلفت في الحكم؛ وذلك تبعا لاختلافهم في حكم العارية، فإن منهم من يرى أنها أمانة، ومنهم من يرى أنها مضمونة، وسيأتي تفصيل الكلام على هذه المسألة في المطلب الرابع - إن شاء الله تعالى -، وقد قسمت هذه الصيغ بناء على هذا الخلاف إلى قسمين:

القسم الأول: الصيغ التي تفيد بأن العارية مضمونة:

أولاً: المذهب الشافعي:

١ - قال أحمد بن فرح اللخمي[1] وغيره من العلماء: «العارية مضمونة»[2].

---

(١) هو المحدث الفقيه أبو العباس أحمد بن فرح اللخمي، نزيل دمشق، ولد سنة ٦٢٤هـ، أسره العدو ثم نجاه الله تعالى، أخذ عن العز بن عبدالسلام والكمال الضرير وغيرهما بالقاهرة، ثم بدمشق عن ابن عبدالدائم وعمر الكرماني، وتخرج به جماعة منهم: أبو عبد الله الذهبي وعبدالمؤمن الدمياطي وتقي الدين اليونيني، له مؤلفات نفيسة منها: "مختصر خلافيات البيهقي" و"شرح الأربعين النووية" و"قصيدة غزلية في ألقاب الحديث" توفي سنة ٦٩٩هـ.
انظر: تذكرة الحفاظ (١٤٨٦/٤)، طبقات الشافعية لابن السبكي (٢٦/٨)، مقدمة كتاب مختصر خلافيات البيهقي (١/٥٠-٦٢).

(٢) مختصر خلافيات البيهقي (٤٠٨/٣). وانظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (٣٥٨/١)، الأشباه والنظائر لابن الملقن (٣٣٤/٢)، القواعد للحصني (١٧٥/٤).

٢- قال أبو سعيد العلائي: «العارية مضمونة في يد المستعير»[1].

٣- قال بدر الدين الزركشي: «كل من أخذ العين لمنفعة نفسه من غير استحقاق فإنها مضمونة عليه»[2].

٤- وقال أيضا: «كل من أخذ الشيء لمنفعة نفسه منفردا به من غير استحقاق فإنه مضمون عليه»[3].

ثانياً: المذهب الحنبلي:

١- قال أبو القاسم الخرقي[4]: «العارية مضمونة وإن لم يتعد فيها المستعير»[5].

٢- قال أبو محمد ابن قدامة: «العارية مضمونة»[6].

---

(١) المجموع المذهب (بتحقيق سراج الدين بلال) (ص٢٣٩). وانظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٤٦٧).

(٢) المنثور (١/٢٠٩).

(٣) المنثور (٣/١١١).

(٤) هو الإمام الفقيه أبو القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرقي، قرأ العلم على من قرأه على أبي بكر المروزي وحرب الكرماني وصالح وعبد الله ابني الإمام أحمد، وقرأ عليه: جماعة من شيوخ المذهب منهم: أبو عبد الله ابن بطة وأبو الحسن التميمي وأبو الحسين بن سمعون وغيرهم، له مصنفات كثيرة في المذهب لم ينتشر منها إلا هذا المختصر؛ لأنه خرج عن مدينة السلام لما ظهر فيها سب الصحابة رضي الله عنهم أجمعين، فاحترقت كتبه، توفي سنة ٣٣٤هـ.

انظر: المقصد الأرشد (٢/٢٩٨)، شذرات الذهب (٢/٣٣٦).

(٥) مختصر الخرقي مع المغني (٧/٣٤٠).

(٦) المقنع مع الشرح الكبير (١٥/٨٨).

٣- قال ابن رجب الحنبلي: «ما قبضه آخذه لمصلحة نفسه -كالعارية- فهو مضمون»[١].

القسم الثاني: الصيغ التي تفيد بأن العارية أمانة:

١- قال أبو القاسم الزمخشري[٢]: «العارية أمانة»[٣].

٢- قال يوسف بن قزأوغلي[٤]: «العارية أمانة لا تضمن إلا بالتعدي»[٥].

---

(١) تقرير القواعد (١/٣٠٥).

(٢) هو الفقيه اللغوي جار الله أبو القاسم محمود بن عمر الزمخشري الخوارزمي المعتزلي، ولد سنة ٤٦٧، تتلمذ على محمود بن جرير الضبي والشيخ السديد الخياطي وركن الدين محمد الأصولي، وقرأ عليه: أبو المحاسن إسماعيل الطويلي وعبد الرحيم البزار وأحمد بن محمود الشاشي، له مؤلفات منها: "الكشاف" في التفسير و"رؤوس المسائل" في الفقه، و"أساس البلاغة"، توفي سنة ٥٣٨هـ.

انظر: الجواهر المضية (٣/٤٤٧-٤٤٨)، تاج التراجم (ص٧١)، مقدمة كتاب رؤوس المسائل (ص٢٩-٥٥).

(٣) رؤوس المسائل (ص٣٤٢)، وانظر: اللباب في الجمع بين السنة والكتاب للمنبجي (٢/٥٣٧)، مجمع الضمانات (١/١٦٣).

(٤) هو واعظ الشام الفقيه شمس الدين أبو المظفر يوسف بن قزأوغلي بن عبد الله التركي العوني الهبيري البغدادي الدمشقي الحنفي، سبط أبي الفرج ابن الجوزي، ولد سنة ٥٨١هـ، أخذ العلم عن: جده ابن الجوزي وعبد المنعم بن كليب وأبي اليمن زين الكندي، ومن تلاميذه: أبو شامة المقدسي وعبدالمؤمن الدمياطي وغيرهما، من آثاره العلمية: "تفسير القرآن العظيم" و"إيثار الإنصاف في آثار الخلاف" و"مرآة الزمان في تاريخ الأعيان"، توفي سنة ٦٥٤هـ.

انظر: سير أعلام النبلاء (٢٣/٢٩٦)، الجواهر المضية (٣/٦٣٣-٦٣٥)، مقدمة كتاب إيثار الإنصاف في آثار الخلاف (ص١١-٣٥).

(٥) إيثار الإنصاف (ص ٥٠٧).

٣- جاء في المادة ٨١٣ من مجلة الأحكام العدلية ما نصه: «العارية أمانة في يد المستعير»[١].

٤- قال ابن قيم الجوزية: «يد المستعير يد أمانة»[٢].

المطلب الثاني

في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في الضابط

العارية: مأخوذة من التعاور، وهو التداول، يقال: (اعتوروا الشيء وتَعَوَّروه وتعاوروه) إذا تداولوه، ويقال: (عاره يعوره ويعيره) إذا أخذه وذهب به[٣].

وفي الاصطلاح: عرفت بتعريفات كثيرة، لعلّ من أحسنها: «إباحة الانتفاع بما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه»[٤].

المطلب الثالث

في المعنى الإجمالي للضابط

من استعار عينا من مالكها، فتلفت العين المستعارة عند المستعير؛ وجب على المستعير ضمانها، سواء كان ذلك بتعدّ منه أو تفريط أو لم يكن.

---

(١) شرح المجلة (ص ٤٥٠).

(٢) إعلام الموقعين (٣/٣٧٤).

(٣) انظر: معجم مقاييس اللغة (٤/١٨٤)، القاموس المحيط (ص ٥٧٣).

(٤) مغني المحتاج (٢/٢٦٣)، وانظر: الهداية مع فتح القدير (٧/٤٦٤)، شرح حدود ابن عرفة (٢/٤٥٩)، الروض المربع (١/٦٣٢).

المطلب الرابع

في أقوال الفقهاء وأدلتهم في الضابط

اتفق الفقهاء على وجوب ردّ العين المعارة إذا كانت باقية على حالها[١].

وأما إذا تلفت العين المعارة أو بعض أجزائها فلا يخلو الأمر من حالين:

الحال الأولى: أن تتلف العين المعارة أو بعض أجزائها بسبب الاستعمال المأذون فيه:

فهنا اختلف الفقهاء في ضمان المستعير لها على قولين:

القول الأول: يجب على المستعير ضمانها. وهو وجه عند الشافعية[٢] ووجه عند الحنابلة[٣].

القول الثاني: لا يجب على المستعير ضمانها. وهو مذهب الحنفية[٤] والمالكية[٥] والصحيح عند الشافعية[٦] والصحيح من مذهب الحنابلة[٧].

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

---

(١) انظر: المغني (٧/٣٤١).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٤/٤٣٢)، مغني المحتاج (٢/٢٦٧).

(٣) انظر: المغني (٧/٣٤٣)، الإنصاف مع المقنع (١٥/٩٢-٩٤).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (٦/٢١٧)، مجمع الضمانات (١/١٦٣).

(٥) انظر: المقدمات الممهدات (٢/٤٧٣-٤٧٤)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٤٣٦)، منح الجليل (٧/٥٦-٥٧).

(٦) انظر: روضة الطالبين (٤/٤٣٢)، مغني المحتاج (٢/٢٦٧).

(٧) انظر: المغني (٧/٣٤٣)، الإنصاف مع المقنع (١٥/٩٢-٩٤).

١ - إن العين المعارة وأجزاءها يجب ضمانها قبل استعمالها، فتضمن إذا تلفت وحدها كالأجزاء التي لا تتلف بالاستعمال[١].

نوقش هذا الدليل:

بأن هناك فرقا بين مسألتنا وبين ما إذا تلفت العين أو أجزاؤها قبل الاستعمال؛ لأنه لا يمكن تمييزها من العين؛ ولأنه إنما أذن في إتلافها على وجه الانتفاع، فإذا تلفت قبل ذلك فقد تلفت على غير الوجه الذي أذن فيه، فضمنها، كما لو أجر العين المستعارة، فإنه يضمن منافعها[٢].

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

١ - إن إذن المالك في استعمال العين المعارة قد تضمن ما يترتب على الاستعمال من أثر كتلفها، فلم يجب ضمانه، كالمنافع، وكما لو أذن في إتلافها صريحا[٣].

القول المختار:

الذي يظهر - والعلم عند الله تعالى - أن القول الثاني هو القول المختار، وذلك لما يأتي:

١ - صحة تعليل أصحاب القول الثاني.

٢ - ضعف تعليل أصحاب القول الأول، وعدم سلامته من الاعتراض.

---

(١) انظر: المغني (٣٤٣/٧).

(٢) انظر: المرجع السابق.

(٣) انظر: المرجع السابق.

الحال الثانية: أن تتلف العين المعارة أو بعض أجزائها بسبب غير الاستعمال المأذون فيها:

اختلف الفقهاء في ما إذا تلفت العين المستعارة تحت يد المستعير بسبب غير الاستعمال المأذون فيه، هل يلزمه ضمانها أو لا؟ على ثلاثة أقوال:

القول الأول: يلزم المستعير ضمان العارية إذا تلفت تحت يده مطلقا؛ سواء كان ذلك بتعدّ منه أو تفريط أو لم يكن، كما إذا هلكت بآفة سماوية.

وهذا مروي عن عبدالله بن عباس وأبي هريرة وعبدالله بن عمر ومعاذ بن جبل[(١)] رضي الله عنهم أجمعين، وبه قال شريح وعطاء بن أبي رباح[(٢)(٣)] وأشهب[(٤)] من

---

(١) هو الصحابي الجليل أبو عبد الرحمن معاذ بن جبل بن عمرو بن أوس بن عائذ بن عدي بن كعب الأنصاري، الإمام المقدم في الحلال والحرام، شهد المشاهد كلها، وله أحاديث رواها عن النبي ﷺ، وروى عنه: ابن عباس وابن عمر وابن عدي وغيرهم، بعثه النبي ﷺ إلى أهل اليمن قاضيا، وكانت وفاته بالطاعون في الشام سنة ١٧هـ أو التي بعدها.
انظر: معجم الصحابة (٣/٢٤-٢٥)، الإصابة (٦/١٠٦-١٠٧).

(٢) هو شيخ الإسلام مفتي الحرم أبو محمد عطاء بن أبي رباح القرشي مولاهم المكي، ولد في أثناء خلافة عثمان ونشأ بمكة، حدث عن عائشة وأم سلمة وأم هانئ وأبي هريرة رضي الله عنهم أجمعين، حدث عنه: مجاهد بن جبر وأبو إسحاق السبيعي وأبو الزبير وغيرهم، توفي سنة ١١٤هـ، وقيل غير ذلك.
انظر: الطبقات الكبرى (٢/٢٩٤-٢٩٥)، سير أعلام النبلاء (٥/٧٨-٨٨).

(٣) انظر أقوالهم: مختصر خلافيات البيهقي (٣/٤١١)، المغني (٧/٣٤١)، المحلى (٨/١٣٩).

(٤) هو الإمام الفقيه أبو عمر أشهب بن عبد العزيز بن داود بن إبراهيم القيسي العامري الجندي، اسمه مسكين، وأشهب لقب، ولد سنة ١٤٠هـ، وقيل غير ذلك، روى عن مالك والليث والفضيل بن عياض وجماعة، روى عنه بنوه عبد الحكم والحارث بن مسكين وسحنون بن سعيد وجماعة، توفي سنة ٢٠٤هـ.
انظر: الديباج المذهب (ص١٦٢)، شجرة النور الزكية (ص٥٩).

المالكية[١] والشافعي وأكثر أصحابه، وهو المشهور عندهم[٢]، وهو الرواية المشهورة عن أحمد، أخذ بها جمهور أصحابه، وهو المذهب عندهم[٣].

القول الثاني: انه لا يلزم المستعير ضمان ما لا يخفى هلاكه من العواري - كالعقار والحيوانات ونحوها - إلا إذا تعدى أو فرط، ويضمن ما يخفى هلاكه - كالحلي والنقود ونحوها - إلا إذا قامت البينة على عدم التعدي والتفريط فيه. وهذا مذهب المالكية[٤].

القول الثالث: أن العارية تعد أمانة عند المستعير؛ فلا يضمنها إلا بتعد منه أو تفريط.

وهذا مروي عن عمر بن الخطاب[٥] وعلي بن أبي

---

(١) انظر: المقدمات الممهدات (٢/٤٧١)، بداية المجتهد (٢/٣٨٢)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٣٩٨).

(٢) انظر: مختصر المزني (ص١١٦)، حلية العلماء (٢/٦٧٩)، روضة الطالبين (٤/٤٣١)، مختصر خلافيات البيهقي (٣/٤٠٨).

(٣) انظر: المغني (٧/٣٤١)، الفروع (٤/٤٧٤)، تقرير القواعد (١/٣٠٥)، المبدع (٥/١٤٤)، الإنصاف مع المقنع (١٥/٨٨-٨٩).

(٤) انظر: المعونة (٢/١٢٠٨-١٢٠٩)، المقدمات الممهدات (٢/٤٧١)، بداية المجتهد (٢/٣٨٢)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٣٩٨)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٤٣٦).

(٥) هو الصحابي الجليل أبو حفص عمر بن الخطاب بن نفيل بن عبد العزى بن رباح القرشي العدوي، أمير المؤمنين وثاني الخلفاء الراشدين، ولد قبل البعثة بثلاثين سنة، كان عند المبعث شديدا على المسلمين، ثم أسلم فكان إسلامه فتحا على المسلمين وفرجا لهم عن الضيق، وله مناقب جمة كثيرة.

انظر: سيرة الخلفاء الراشدين من سير أعلام النبلاء (ص٧١، ٨٨)، والإصابة (٤/٢٧٩-٢٨٠).

طالب[(١)] رضي الله عنهما، وبه قال إبراهيم النخعي[(٢)] والشعبي[(٣)] والثوري والأوزاعي[(٤)] وابن شبرمة[(٥)]، وهو مذهب الحنفية[(٦)]، وقول ضعيف عند

---

(١) هو الصحابي الجليل أبو الحسن علي بن أبي طالب بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف القرشي الهاشمي، أول الناس إسلاما في قول كثير من أهل العلم، ولد قبل البعثة بعشر سنين على الصحيح، تربى في حجر النبي ﷺ، وشهد معه المشاهد إلا غزوة تبوك، روى عن النبي ﷺ كثيرا، وروى عنه: ولداه الحسن والحسين وابن مسعود وغيرهم، قتل في ليلة السابع عشر من رمضان سنة ٤٠هـ.
انظر: معجم الصحابة (٢/٢٥٩-٢٦٠)، الإصابة (٤/٢٦٩-٢٧١).

(٢) هو فقيه العراق أبو عمران إبراهيم بن يزيد بن قيس الأسود النخعي الكوفي، أمه مليكة أخت الأسود بن يزيد، روى عن الأسود بن يزيد ومسروق وغيرهما، وروى عنه: الحكم بن عتيبة وسليمان الأعمش وخلق سواهما، لم يحدث عن أحد من الصحابة وقد أدرك منهم جماعة، ورأى عائشة، توفي سنة ٩٦هـ.
انظر: سير أعلام النبلاء (٤/٥٢٠)، تقريب التهذيب (١/٦٩)، شذرات الذهب (١/١١١).

(٣) هو التابعي الجليل أبو عمرو عامر بن شراحيل الهمداني الحميري الكوفي، ولد سنة ٢١هـ، وقيل غير ذلك، كان من الفقهاء في الدين، روى عن علي بن أبي طالب وسعد بن أبي وقاص وخلق سواهم، روى عنه: الحكم وأبو إسحاق السبيعي وعلقمة وغيرهم، توفي سنة ١٠٦هـ، وقيل غير ذلك.
انظر: سير أعلام النبلاء (٤/٢٩٤)، تهذيب التهذيب (٥/٦٠).

(٤) هو الإمام الفقيه أبو عمرو عبد الرحمن بن عمرو بن يحمد الأوزاعي الشامي الدمشقي، من تابعي التابعين، إمام أهل الشام في عصره بلا مدافعة ولا مخالفة، كان أهل الشام والمغرب على مذهبه قبل انتقالهم إلى مذهب مالك رحمه الله، سمع عطاء بن أبي رباح وقتادة ونافعا وغيرهم، وروى عنه: الزهري وسفيان ومالك، ولد سنة ٨٨هـ، وتوفي سنة ١٥٧هـ.
انظر: تهذيب الأسماء واللغات (١/٢٩٨)، سير أعلام النبلاء (٧/١٠٧)، تهذيب التهذيب (٦/٢١٥).

(٥) انظر أقوالهم: حلية العلماء (٢/٦٧٩)، المغني (٧/٣٤١)، المحلى (٨/١٤٥).

(٦) انظر: المبسوط (١١/١٣٤) بدائع الصنائع (٦/٢١٧)، رؤوس المسائل (ص ٣٤٢)، الهداية مع فتح القدير (٧/٤٦٨)، إيثار الإنصاف (ص ٥٠٧).

الشافعية[١]، وبه قال بعض الحنابلة[٢]، وهو اختيار ابن القيم[٣].

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بأدلة من الكتاب والسنة والمعقول، وهي كما يأتي:

١ - قال الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا﴾[٤].

وجه الاستدلال: أن الله جلّ وعلا أمر بأداء الأمانات إلى أهلها، وهذا عام يشمل العارية، والأمر بتأدية العارية يقتضي ردّ عينها إن كانت باقية، أو ضمان بدلها إن كانت تالفة.

نوقش هذا الاستدلال من ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: انه يلزمكم على هذا الاستدلال أن تقولوا بوجوب ضمان الوديع للوديعة، وقد قال به بعض العلماء، ولكنكم لا تقولون بذلك[٥].

الوجه الثاني: أن المستعير مأمور بأداء العارية ما دام قادرا على أدائها، فإن عجز عن أدائها - كأن تلفت - فالله تعالى يقول: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفۡسًا إِلَّا وُسۡعَهَا﴾[٦].

والأمر بتأدية الأمانة لا يستلزم ضمانها إذا تلفت[٧].

---

(١) انظر: روضة الطالبين (٤/٤٣١).

(٢) انظر: الفروع (٤/٤٧٤)، المبدع (٥/١٤٤)، الإنصاف مع المقنع (١٥/٩٠).

(٣) انظر: المراجع السابقة. وزاد المعاد (٣/٤٨٢، ٤٨٣).

(٤) سورة النساء، الآية [٥٨].

(٥) انظر: المحلى (٨/١٤٠).

(٦) سورة البقرة، الآية [٢٨٦].

(٧) انظر: المرجع السابق، ونيل الأوطار (٥/٣٣٤).

الوجه الثالث: انه ليس في هذه الآية تضمين ؛ لأن أداء الغرامة غير أداء الأمانة، بدليل أنه ليس في الآية أداء غيرها ولا ضمانها[1].

٢- عن صفوان بن أمية ﷺ أن رسول الله ﷺ استعار منه يوم خيبر أدرعاً، فقال: أغصباً يا محمد؟ فقال: **(بل عارية مضمونة)**، قال: فضاع بعضها ؛ فعرض عليه رسول الله ﷺ أن يضمنها له، فقال: أنا اليوم يا رسول الله في الإسلام أرغب[2].

وجه الاستدلال: يمكن الاستدلال بهذا الحديث من وجهين:

الأول: أن النبي ﷺ نصّ على أن العارية مضمونة.

الثاني: أنه جاء في الحديث أن بعض الدروع ضاع، فعرض النبي ﷺ على صفوان أن يضمنها له[3].

وقد نوقش الوجه الأول من الاستدلال بهذا الحديث بما يلي:

أولاً: إن هذا الحديث فيه كلام، وقد ضعفه بعض أهل العلم كابن حزم[4].

ثانياً: إن قول النبي ﷺ: **(بل عارية مضمونة)** يحتمل أمرين: إما أنها مضمونة بالرد أو مضمونة بالتلف، والأظهر أنها مضمونة بالرد[5]، وذلك لثلاثة أوجه:

---

(١) انظر: المحلى (٨/١٤٠).

(٢) سبق تخريجه صفحة ٧٣، وقد رواه أحمد وأبو داود وغيرهما، وقواه البيهقي والألباني.

(٣) انظر: زاد المعاد (٣/٤٨٢).

(٤) انظر: المحلى (٨/١٤٠-١٤٢).

(٥) انظر: بدائع الصنائع (٦/٢١٧)، زاد المعاد (٣/٤٨٢).

* أحدها: أنه جاء في لفظ آخر لهذا الحديث أن النبي ﷺ قال: (بل عارية مؤداة)[1]؛ فهذا يبين أن قوله: (مضمونة) المراد به: المضمونة بالأداء.

* الثاني: أن صفوان بن أمية لم يسأل النبي ﷺ عن تلفها، وإنما سأله: هل تأخذها مني أخذ غصب تحول بيني وبينها؟ فقال: لا بل أخذ عارية أؤديها إليك. ولو كان سأله عن تلفها وقال: أخاف أن تذهب لناسب أن يقول: أنا ضامن لها إن تلفت.

* الثالث: أن الرسول ﷺ جعل الضمان صفة للعارية نفسها، ولو كان ضمان تلف لكان الضمان لبدلها، فلما وقع الضمان على ذاتها دلّ على أنه ضمان أداء[2].

ثالثاً: إن هذا الحديث محمول على اشتراط الرسول ﷺ الضمان على نفسه، والمستعير وإن كان لا يضمن إلا أنه يضمن بالشرط، كالمودع[3].

رابعاً: إن استعارة النبي ﷺ كانت بغير إذن صفوان؛ لحاجة المسلمين؛ ولهذا قال: أغصبا يا محمد؟ وعند الحاجة يرخص تناول مال الغير بغير إذنه بشرط الضمان، كحال المخمصة[4].

وأما الوجه الثاني من الاستدلال بهذا الحديث فقد ناقشه ابن القيم بقوله: «فإن قيل: ففي القصة أن بعض الدروع ضاع؛ فعرض عليه النبي ﷺ أن

---

(١) تقدم تخريجه صفحة ٧٣، وقد رواه بهذا اللفظ البيهقي في سننه الكبرى (٨٨/٦).

(٢) انظر: زاد المعاد (٤٨٢/٣).

(٣) انظر: المبسوط (١٣٦/١١)، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب للمنبجي (٥٣٨/٢)، تبيين الحقائق (٨٥/٥).

(٤) انظر: : المبسوط (١٣٦/١١)، تبيين الحقائق (٨٥/٥).

يضمنها، فقال: أنا اليوم في الإسلام أرغب، قيل: هل عرض عليه أمراً واجباً أو أمراً جائزاً مستحباً الأولى فعله، وهو من مكارم الأخلاق والشيم، ومن محاسن الشريعة؟ وقد يترجح الثاني بأنه عرض عليه الضمان، ولو كان الضمان واجباً، لم يعرضه عليه، بل كان يفي له به، ويقول: هذا حقك، كما لو كان الذاهب بعينه موجودا؛ فإنه لم يكن ليعرض عليه ردّه فتأمله»[١].

٣- عن سمرة بن جندب ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: **(على اليد ما أخذت حتى تؤديه)**[٢].

وجه الاستدلال: أن النبي ﷺ أوجب ضمان ما أخذه الإنسان، وهذا عام يشمل العارية، فيجب على المستعير ضمان العارية مطلقاً، سواء تعدى عليها أو فرط أو لم يتعدّ ولم يفرط.

نوقش هذا الدليل بما يلي:

أولاً: إن الحديث من رواية الحسن[٣] عن سمرة، وقد اختلف في سماعه منه، وضعفه بعض أهل العلم به[٤].

---

(١) زاد المعاد (٣/٤٨٢-٤٨٣)

(٢) سبق تخريجه صفحة ١٥٥.

(٣) هو الإمام المشهور أبو سعيد الحسن بن أبي الحسن يسار التابعي البصري الأنصاري مولاهم، مولى زيد بن ثابت، وقيل غير ذلك، وأمه مولاة لأم سلمة أم المؤمنين، ولد لسنتين بقيتا من خلافة عمر، سمع ابن عمر وأنسا وسمرة، وسمع منه جماعة من التابعين، والحسن مع جلالته فهو مدلس، ومراسيله ليست بذلك، مات سنة ١١٠هـ.
انظر: سير أعلام النبلاء (٤/٥٦٣)، شذرات الذهب (١/١٣٦).

(٤) انظر: التلخيص الحبير (٣/١١٧)، الجوهر النقي (٦/٩٠)، إرواء الغليل (٥/٣٤٨).

ثانياً: إن الأداء غير التضمين، ولا يلزم من الأمر بالأداء وجوب الضمان، ولو لزم من هذا اللفظ الضمان للزم أن يضمنوا الرهون والودائع وغيرها من الأمانات؛ لأنها مما قبضت اليد، وهم لا يقولون بذلك فيها، فيلزمهم أن لا يقولوا به في العارية[١].

٤- عن أبي أمامة الباهلي ﷺ قال: سمعت رسول الله ﷺ في خطبته عام حجة الوداع يقول: (العارية مؤداة، والمنحة مردودة، والدين مقضي، والزعيم غارم)[٢].

وجه الاستدلال: أن النبي ﷺ أوجب أداء العواري، والأداء هنا يشمل ضمانها إذا تلفت.

نوقش هذا الاستدلال: أن الأمر بتأدية العارية لا يستلزم ضمانها إذا تلفت؛ فإن أداء الغرامة غير أداء الأمانة، كالعارية، بدليل أنه ليس في الحديث أداء غيرها ولا ضمانها[٣].

٥- إن المستعير قد أخذ ملك غيره لنفع نفسه، منفردا بنفعه، من غير استحقاق، ولا إذن في الإتلاف، فكان مضمونا كالغصب والمأخوذ على وجه السوم[٤].

---

(١) انظر: المحلى (١٤٤/٨)، الجوهر النقي (٩٠/٦).

(٢) تقدم تخريجه صفحة ٢٩٤، وقد رواه أحمد وأبو داود وغيرهما، وصححه الترمذي والألباني.

(٣) انظر: المحلى (١٤٠/٨).

(٤) انظر: المغني (٣٤٢/٧).

نوقش هذا التعليل: بأن هذا قياس مع الفارق ؛ لأن الغاصب أخذ العين بدون إذن مالكها ، فيجب عليه الضمان ، لتعديه ، بخلاف المستعير فقد أخذ العين بإذن مالكها ، فلم يجب عليه الضمان إلا بالتعدي والتفريط كالوديعة[(١)].

أدلة القول الثاني :

استدل أصحاب هذا القول بأدلة من السنة والعقل ، وقد جعلتها في قسمين :

القسم الأول: الأدلة على عدم الضمان - فيما لا يغاب عنه ولا يخف هلاكه - إلا بتعد أو تفريط ، وهي :

١ - عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما عن النبي ﷺ قال: **(ليس على المستعير غير المغل[(٢)] ضمان ، ولا على المستودع غير المغل ضمان)**[(٣)].

وجه الاستدلال: أن النبي ﷺ نفي الضمان عن المستعير إذا لم يغل ، وهذا محمول على ما لا يغاب عنه ولا يخفى هلاكه.

نوقش هذا الاستدلال من وجهين :

الأول: أن هذا الحديث ضعيف لا يصح ؛ لوجود رجلين ضعيفين في إسناده ، كما بينته في الحاشية.

---

(١) انظر : المحلى (١٤٥/٨).

(٢) المغل : أي الخائن ، من الإغلال وهي الخيانة في كل شيء.

انظر : النهاية في غريب الحديث (٣٨١/٣)، مختار الصحاح (ص٤٧٩).

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه (٤١/٣)، والبيهقي في السنن الكبرى : كتاب العارية ، باب من قال لا يغرم (٩١/٦). وفي إسناده : عمرو بن عبد الجبار وعبيدة بن حسان ، وهما ضعيفان كما قال الدارقطني ، ثم قال الدارقطني : وإنما يروى عن شريح القاضي غير مرفوع. وكذلك ضعفه الشوكاني - كما في السيل الجرار (٢٨٦/٣ ، ٣٤٢). وانظر : التلخيص الحبير (٢١٠/٣).

الثاني: أنه على فرض صحة الحديث فإنه يحتمل أن الرسول ﷺ أراد ضمان المنافع والأجرة[١].

٢- إن ما لا يغاب عنه ولا يخفى هلاكه من الحيوان والعقار ونحوها، قد قبضه لاستيفاء منفعة نفسه، فلم يضمن به مع عدم التعدي كالعبد الموصى بخدمته والعبد المستأجر والدار[٢].

٣- إن ما لا يغاب عنه ولا يخفى هلاكه - كالحيوان والعقار ونحوها - أعيان مستعارة قبضت لاستيفاء منفعة تطوع بها المالك، فلم يضمن تلفها - إذا لم يتعد ولم يفرط - كالأجراء والعبد الموصى بخدمته[٣].

نوقش هذان التعليلان:

إن ما ذكرتم منطبق - أيضا - على ما يغاب عنه ويخفى هلاكه، فلماذا هذا التفريق؟ وأين الدليل على هذا التفريق؟.

القسم الثاني: الأدلة على وجوب الضمان فيما يغاب عنه ويخفى هلاكه إلا إذا قامت بينة على عدم التعدي أو التفريط:

١- عن صفوان بن أمية رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ استعار منه يوم خيبر أدرعاً، فقال: أغصبا يا محمد؟ فقال: **(بل عارية مضمونة)**[٤].

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ بين أن العارية مضمونة، وقد جاء في السلاح، وهو مما يغاب عنه ويخفى هلاكه، فيحمل هذا الحديث على ما يغاب عنه

(١) انظر: المغني (٣٤٢/٧)، المبدع (١٤٤/٥).

(٢) انظر: الإشراف للقاضي عبد الوهاب (٦٢٢/٢)، المعونة (١٢٠٩/٢).

(٣) انظر: المرجعين السابقين.

(٤) تقدم تخريجه صفحة ٧٣.

ويخفى هلاكه كالحلي والنقود، جمعا بينه وبين حديث عبدالله بن عمرو رضي الله عنهما السابق[(١)].

يناقش هذا الدليل: بما نوقش به عند استدلال أصحاب القول الأول به.

٢- إن المستعير قبض العارية لمنفعته، فجاز أن يتعلق بها الضمان كالقرض[(٢)].

نوقش هذا التعليل: بأن هذا قياس مع الفارق؛ لأن القرض تمليك، والعارية إباحة، فلم يصح قياس أحدهما على الآخر، كما أنه قد يعارض هذا القياس بمثله، وهو: أن العارية دفع مال بغير عوض كالوديعة[(٣)].

أدلة القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول بأدلة من الكتاب والسنة والمعقول، وهي كما يأتي:

١- قال الله - سبحانه وتعالى -: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾[(٤)].

٢- وقال - جل وعلا -: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[(٥)].

وجه الدلالة من هاتين الآيتين الكريمتين:

إن الله - جل وعلا - نهى عن أكل أموال الناس بالباطل، وإيجاب الضمان على المستعير في حالة عدم تعدية أو تفريطه يعد من أكل أموال الناس بالباطل؛ إذ لم يدل عليه كتاب ولا سنة[(٦)].

---

(١) انظر: بداية المجتهد (٢/٣٨٣).

(٢) انظر: الإشراف للقاضي عبد الوهاب (٢/٦٢٢)، المعونة (٢/١٢٠٩).

(٣) انظر: المحلى (٨/١٤٥).

(٤) سورة البقرة، الآية [١٨٨].

(٥) سورة النساء، الآية [٢٩].

(٦) انظر: المحلى (٨/١٤٥).

٣- قال الله - سبحانه وتعالى -: ﴿مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ﴾(١).

٤- وقال - جل وعلا -: ﴿إِنَّمَا ٱلسَّبِيلُ عَلَى ٱلَّذِينَ يَظْلِمُونَ ٱلنَّاسَ وَيَبْغُونَ فِى ٱلْأَرْضِ بِغَيْرِ ٱلْحَقِّ﴾(٢).

وجه الدلالة من هاتين الآيتين الكريمتين:

إن الله - سبحانه وتعالى - بين أنه لا سبيل على المحسنين، وإنما السبيل على الظالمين، والمستعير - ما لم يتعد أو يفرط - محسن؛ فلا سبيل عليه بغرم(٣).

٥- عن أبي بكرة ﷺ عن النبي ﷺ قال: **(إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا)**(٤).

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ حرم أموال المسلمين وأخذها بغير وجه حق، ومن ذلك إيجاب الضمان على المستعير إذا لم يتعد أو يفرط؛ إذ لم يدل عليه نص من القرآن أو السنة.

مناقشة الأدلة الخمسة السابقة:

يمكن أن تناقش هذه الأدلة الخمسة بأنها أدلة عامة، وقد جاء في أدلة القول الأول والثاني ما هو أخص من هذه الأدلة؛ فيقضى بالخاص على العام.

ويجاب عنه: بأن هذه الأدلة الخاصة التي ذكرتموها، قد تقدم الإجابة عنها في مواضعها من أدلة القول الأول والثاني.

---

(١) سورة التوبة، الآية [٩١].

(٢) سورة الشورى، الآية [٤٢].

(٣) انظر: المحلى (١٤٥/٨).

(٤) تقدم تخريجه صفحة ٨١، وهو متفق عليه.

٦- عن أبي أمامة الباهلي ﷺ قال: سمعت رسول الله ﷺ في خطبته عام حجة الوداع يقول: **(العارية مؤداة، والمنحة مردودة، والدين مقضي، والزعيم غارم)**(١).

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ بيّن أن العارية مؤداة إلى صاحبها، وهذا يدل على أنها أمانة؛ لقول الله - جل وعلا -: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا ٱلْأَمَـٰنَـٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا﴾(٢)، وشأن الأمانات أنها لا تضمن إلا بالتعدي أو التفريط(٣).

٧- عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما عن النبي ﷺ قال: **(ليس على المستعير غير المغل ضمان، ولا على المستودع غير المغل ضمان)**(٤).

٨- عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما عن النبي ﷺ قال: **(لا ضمان على مؤتمن)**(٥).

وجه الدلالة من هذين الحديثين: إن النبي ﷺ نفى الضمان عن المستعير - إذا لم يغل - كما نفى الضمان عن الأمين، وهو يشمل المستعير.

نوقش هذان الحديثان بما يلي:

١- إن الحديثين ضعيفان - كما بينته عند تخريجهما في الحاشية - فلا يستند إليهما.

---

(١) تقدم تخريجه صفحة ٢٩٤، وقد رواه أحمد وأبو داود وغيرهما، وصححه الترمذي والألباني.

(٢) سورة النساء، الآية [٥٨].

(٣) انظر: المغني (٧/٣٤٢).

(٤) سبق تخريجه قريبا صفحة ٥٣٤.

(٥) أخرجه الدارقطني في سننه (٣/٤١)، والبيهقي في السنن الكبرى: كتاب الوديعة، باب لا ضمان على مؤتمن (٦/٢٨٩)، وضعفه البيهقي وابن حجر في التلخيص الحبير (٣/٢١٠)، والشوكاني في السيل الجرار (٣/٢٨٦، ٣٤٢).

٢- أنه على فرض صحة الحديثين فإنه يحتمل أن الرسول ﷺ أراد ضمان المنافع والأجرة[1].

٣- «أنه لم يوجد من المستعير سبب وجوب الضمان، فلا يجب عليه الضمان كالوديعة والإجارة؛ لأن الضمان لا يجب على المرء بدون فعله، وفعله الموجود منه ظاهراً هو العقد والقبض، وكل واحد منهما لا يصلح سببا لوجوب الضمان، أما العقد فلأنه عقد تبرع بالمنفعة تمليكا أو إباحة على اختلاف الأصلين».

وأما القبض فلوجهين:

أحدهما: أن قبض مال الغير بغير إذنه لا يصلح سبباً لوجوب الضمان، فبالإذن أولى؛ وهذا لأن قبض مال الغير بغير إذنه هو إثبات اليد على مال الغير وحفظه وصيانته عن الهلاك، وهذا إحسان في حق المالك، قال الله تبارك وتعالى وجل شأنه: ﴿هَلْ جَزَآءُ ٱلْإِحْسَٰنِ إِلَّا ٱلْإِحْسَٰنُ﴾[2]، وقال - تبارك وتعالى -: ﴿مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ﴾[3]، فدل ذلك على أن قبض مال الغير بغير إذنه لا يصلح سببا لوجوب الضمان، فمع الإذن أولى.

الثاني: أن القبض المأذون فيه لا يكون تعديا؛ لأنه لا يفوت يد المالك، ولا ضمان إلا على المتعدي، قال الله تبارك وتعالى: ﴿فَلَا عُدْوَٰنَ إِلَّا عَلَى ٱلظَّٰلِمِينَ﴾[4]، بخلاف قبض الغصب»[5].

(١) انظر: المغني (٣٤٢/٧)، المبدع (١٤٤/٥).

(٢) سورة الرحمن، الآية [٦٠].

(٣) سورة التوبة، الآية [٩١].

(٤) سورة البقرة، الآية [١٩٣].

(٥) بدائع الصنائع (٢١٧/٦) بتصرف يسير. وانظر: الهداية مع فتح القدير (٤٦٩/٧)، المغني (٣٤١/٧-٣٤٢).

القول المختار:

بعد استعراض أدلة الأقوال الثلاثة، يظهر لي - والعلم عند الله تعالى - أن القول المختار هو القول الثالث، وهو أن العارية أمانة عند المستعير، لا يضمنها إلا إذا تعدى عليها أو فرط فيها، وذلك للأمور التالية:

١- لقوة أدلة القول الثالث وسلامة أغلبها من الاعتراضات.

٢- إن أدلة القول الأول والثاني لا تخلو من أحد أمرين:

(أ) أن تكون أدلة ضعيفة.

(ب) أن تكون أدلة صحيحة إلا أنها غير سالمة من ورود الاعتراضات عليها.

٣- إن الأصل الشرعي هو عدم الضمان؛ لأن مال المستعير معصوم بعصمة الإسلام، فلا يلزم منه شيء إلا بأمر الشارع، ولم يأت نص من القرآن أو السنة يدل على ضمان المستعير[١].

وبهذا يتبين عدم صحة هذا الضابط الفقهي الذي يفيد بأن العارية مضمونة، وأن الصحيح فيه هي الصيغ التي تفيد بأن العارية أمانة، والله تعالى أعلم.

ولا يفوتني أن أشير إلى أن هناك مسألة تتصل بهذا الضابط، وهي: اشتراط الضمان على المعير - إذا قلنا إنه أمين -، أو اشتراط نفي الضمان على المعير - إذا قلنا إنه ضامن -، وقد تقدم بحثها بالتفصيل في قاعدة: «كل ما كان أمانة لا يصير مضمونا بشرطه، وما كان مضمونا لا ينتفي ضمانه بشرطه» المندرجة تحت قاعدة: «المفرط ضامن»[٢].

---

(١) انظر: السيل الجرار (٣/٢٨٦، ٣٤٢).

(٢) كما في صفحة ١٦٠.

المطلب الخامس

من فروع الضابط

هناك فروع كثيرة تندرج تحت هذا الضابط الفقهي، أذكر منها ما يلي:

١- إذا سقطت المرآة المعارة من يد المستعير بلا عمد، أو زلقت رجله فسقطت المرآة وانكسرت، لم يلزم المستعير الضمان على الصحيح[١].

٢- إذا استعار بغلاً، فصار أعرج بالاستعمال المعتاد، لم يجب ضمانه على المستعير على الصحيح[٢].

٣- لو ربط المستعير البغل المستعار بحبل حسب العادة، فاختنق، لا يلزم المستعير الضمان على الصحيح؛ لأن هذه المعاملة معتادة[٣].

٤- لو دخل أحد الحمام وأخذ في الاغتسال، فسقط الإناء المستعار من يده، وتشوه، لم يلزم المستعير الضمان[٤].

٥- لو استعار أحد سلاحا لمحاربة العدو، فانكسر السلاح - كأن كان سيفاً - أثناء القتال، فلا يلزم ضمان على المستعير[٥].

٦- لو زلت قدم أحد وهو لابس ثيابا مستعارة فتمزقت، فلا يلزم ضمان على المستعير على الصحيح[٦].

---

(١) انظر: درر الحكام (٢/٣٤٨)، الفروق (١/١٩٦).

(٢) انظر: درر الحكام (٢/٣٤٨)، الكافي لابن عبد البر (ص٤٠٧).

(٣) انظر: درر الحكام (٢/٣٤٨).

(٤) انظر: المرجع السابق.

(٥) انظر: المرجع السابق (٢/٣٤٩)، والعقد المنظم للحكام (٢/١٣٣).

(٦) انظر: درر الحكام (٢/٣٤٩).

٧- لو وقع على البساط المعار شيء، فتلوثت به، ونقصت قيمته، فلا ضمان على المستعير على الصحيح[١].

٨- لو قصد المعير على الدابة المعارة إلى محل معتاد مسمى، ورجع منه فضعفت الدابة، أو كانت حبلى فأسقطت، فلا يلزم المستعير ضمان على الصحيح[٢].

٩- إذا أحضر المستعير العين المعارة للمعير، فقال له المعير: ضعه هنا، فسقط منه - بينما كان يضعه من غير تقصير - وانكسر، لا يلزم الضمان المستعير على الصحيح[٣].

١٠- إذا أصبحت الثياب المستعارة بحالة لا ينتفع بها باستعمال المستعير إياها على الوجه المعتاد، فلا يلزم ضمان على المستعير على الصحيح[٤].

١١- إذا استعار دابة لمحل، فذهب إلى محل آخر أطول مسافة، وتلفت الدابة أو طرأ على قيمتها نقصان، فإنه على المستعير الضمان؛ وذلك لتعديه[٥].

١٢- إذا نبّه المعير المستعير بأن دابته لا تحفظ بدون مقود، وأنه يجب قودها بمقود، وألا يترك حبلها على غاربها، فقادها المستعير بدون مقود، فتعبت الدابة وسقطت وعطبت رجلها، لزم الضمان؛ لأن المستعير فرط وخالف شرطاً مقيداً[٦].

---

(١) انظر: درر الحكام (٢/٣٤٩)، و مجمع الضمانات (١/١٨١)، العقد المنظم للحكام (٢/١٣٣).

(٢) انظر: درر الحكام (٢/٣٤٩).

(٣) انظر: المرجع السابق.

(٤) انظر: المرجع السابق، ومجمع الضمانات (١/١٨٢)، العقد المنظم للحكام (٢/١٣٣).

(٥) انظر: مجمع الضمانات (١/١٦٨)، درر الحكام (٢/٣٥٣)، الكافي لابن عبد البر (ص ٤٠٧)، روضة الطالبين (٤/٤٣٤).

(٦) انظر: درر الحكام (٢/٣٥٣).

المطلب السادس

في مستثنيات الضابط

استثنى فقهاء الشافعية بعض المسائل الفقهية التي خرجت عن هذا الضابط، وذلك بناءً على قولهم إن العارية مضمونة، وأما على القول المختار - وهو أن العارية أمانة غير مضمونة - فإنه لا يكون ثمة داع للاستثناء، وهذه هي المسائل المستثناة:

١- إذا أحرم شخص وفي ملكه صيد، وقلنا: زال ملكه بالإحرام، فإذا أعاره لم يضمنه المستعير؛ لأنه لا ملك له[1].

ثم عقّب عبد الوهاب السبكي - بعد ذكر هذا المستثنى - بقوله: «قلت: ولا يصح استثناء هذه، فإنه لا معير في الحقيقة»[2].

٢- إذا استعار شخص عينا ليرهنها، فتلفت في يد المرتهن، فإن المستعير لا يضمنها على الأصح؛ لأن سبيله سبيل الضمان[3].

٣- إذا استعار شخص من المستأجر أو الموصى له بالمنفعة، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يضمن كما لو استعاره من المالك.

---

(١) انظر: روضة الطالبين (٤/٤٢٨)، المجموع المذهب (بتحقيق سراج الدين بلال ص٢٣٩)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/٣٥٩)، الأشباه والنظائر لابن الملقن (٢/٣٣٥)، القواعد للحصني (٤/١٧٥)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٤٦٧).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/٣٥٩).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٤/٥٠)، المجموع المذهب (بتحقيق سراج الدين بلال ص٢٣٩)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/٣٥٩)، الأشباه والنظائر لابن الملقن (٢/٣٣٥)، القواعد للحصني (٤/١٧٥)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٤٦٧).

والثاني: أنه لا يضمن، وهو الأصح؛ لأن المستأجر لا يضمن، وهو نائب عنه[١].

٤- إذا تلفت العارية بالاستعمال المأذون فيه - كما إذا انمحق الثوب - فلا ضمان على الأصح[٢].

٥- إذا تلفت العارية في شغل المالك - كما إذا أرسله في حاجته وأعاره دابة ليركبها في هذه الحاجة، وكذا لو لقيه في الطريق ومعه دواب، فأركبه دابة ليحفظها - فإن المستعير لا يضمن[٣].

---

(١) انظر: روضة الطالبين (٤/٤٣٢)، المجموع المذهب (بتحقيق سراج الدين بلال (ص٢٣٩-٣٤٠)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/٣٥٩)، الأشباه والنظائر لابن الملقن (٢/٣٣٥)، القواعد للحصني (٤/١٧٥)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٤٦٧).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/٣٥٩)، الأشباه والنظائر لابن الملقن (٢/٣٣٤).

(٣) انظر: المرجعين السابقين.

المبحث الخامس

الضابط الفقهي إذا استعار شيئاً ليرهنه بدين فرهنه، فسبيل هذا العقد سبيل العارية أو الضمان؟

هذا الضابط الفقهي عبارة عن مسألة يتجاذبها عقدان: عقد العارية وعقد الضمان، وهي تدخل ضمن الفروع الفقهية الدائرة بين أصلين[1]، وقد تناولتها في المطالب الآتية:

المطلب الأول

في صيغ الضابط

وردت أربع صيغ استفهامية لهذا الضابط الفقهي، كلها من نصيب المذهب الشافعي، وهذه هي الصيغ كما يأتي:

١- قال أبو عبد الله ابن الوكيل: «قاعدة: إذا استعار شيئاً ليرهنه بدين، فرهنه، فسبيل هذا العقد سبيل العارية أو الضمان؟»[2].

٢- قال أبو سعيد العلائي: «إذا استعار شيئاً ليرهنه بدين، فسبيل هذا سبيل العارية أم سبيل الضمان؟»[3].

٣- قال أبو بكر الحصني: «إذا استعار شيئاً ليرهنه بدين فهل سبيله سبيل العارية أم الضمان؟»[4].

---

(١) انظر: القواعد للحصني (٣/٢٧٢).

(٢) الأشباه والنظائر لابن الوكيل (٢/٣٩٩).

(٣) المجموع المذهب (بتحقيق الحسن بن أحمد الفكي ص٣٧٨).

(٤) القواعد للحصني (٣/٢٧٢).

٤- قال جلال الدين السيوطي: «العين المستعارة للرهن، هل المغلب فيها جانب الضمان أو جانب العارية؟»[١].

المطلب الثاني

في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في الضابط

ليرهنه: من الرهن، وهو في اللغة: الثبوت والدوام، يقال: (ماء راهن) أي راكد، (ونعمة راهنة) أي دائمة، ويطلق الرهن على الحبس، قال تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾[٢] أي: محبوسة، وهو قريب من الأول؛ لأن المحبوس ثابت في مكانه لا يزايله[٣].

والرهن في اصطلاح الفقهاء: «جعل عين مال وثيقة بدين يستوفى منها عند تعذر وفائه»[٤].

العقد: سبق تعريفه في اللغة والاصطلاح[٥]، والمراد به هنا: «ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يظهر أثره في محله»[٦].

العارية: سبق تعريفها - قريبا - في اللغة والاصطلاح[٧]، وهي: «إباحة الانتفاع بما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه»[٨].

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٦٩).

(٢) سورة المدثر، الآية [٣٨].

(٣) انظر: تهذيب اللغة (٦/٢٧٣)، معجم مقاييس اللغة (٢/٤٥٢-٤٥٣).

(٤) مغني المحتاج (٢/١٢١). وانظر: حاشية رد المحتار (٦/٤٧٧-٤٧٨)، شرح حدود ابن عرفة (٢/٤٠٩)، المبدع (٤/٢١٣).

(٥) كما في صفحة ٦٤-٦٥.

(٦) المدخل الفقهي للزرقاء (١/٢٤٥).

(٧) كما في صفحة ٤٣٨.

(٨) مغني المحتاج (٢/٢٦٣).

الضمان: المراد به هنا عقد الكفالة - وقد سبق تعريفه[١] - وهو: «التزام حق ثابت في ذمة الغير أو إحضار من هو عليه أو عين مضمونة»[٢].

المطلب الثالث

في المعنى الإجمالي للضابط

من استعار مالا يريد أن يرهنه بدين عليه، ثم رهنه؛ فما هي ماهية هذا العقد؟ فيه قولان:

الأول: أنه عارية.

والثاني: أنه عقد ضمان.

والعقد فيه شائبة من عقد العارية، وشائبة من عقد الضمان، وليس القولان في أنه محض عارية أو محض ضمان، وإنما هما في أيهما المغلب؟[٣].

المطلب الرابع

في أقوال الفقهاء وأدلتهم في الضابط

يمكن تناول هذا المطلب من خلال الفروع الثلاثة الآتية:

الفرع الأول: في حكم رهن المستعار:

اتفق الفقهاء على أنه يجوز للشخص أن يستعير عينا - كدابة أو دار - ليجعلها

---

(١) كما في صفحة ٧٢.

(٢) مغني المحتاج (١٩٨/٢).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٥٠/٤)، الأشباه والنظائر لابن الوكيل (٣٩٩/٢)، المجموع المذهب (بتحقيق الحسن بن أحمد الفكي ص٣٧٨)، الأشباه والنظائر لابن الملقن (٣٠٥/٢)، القواعد للحصني (٢٧٢/٣)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٧٠)، الفوائد الجنية (٣٧٩/٢-٣٨١).

رهنا في دين عليه[١].

وقد حكى ابن المنذر الإجماع على ذلك، حيث يقول: «وأجمعوا على أن الرجل إذا استعار من الرجل الشيء، يرهنه على دنانير معلومة، عند رجل سمي له، إلى وقت معلوم، فرهن ذلك على ما أذن له فيه؛ أن ذلك جائز»[٢].

وكذلك حكاه برهان الدين ابن مفلح حيث قال: «إذا استعار شيئاً ليرهنه جاز إجماعاً»[٣].

وقد عللوا ذلك بما يأتي:

١- إن الرهن توثيق، وهو يحصل بما لا يملك الراهن، بدليل الإشهاد والكفالة[٤].

٢- إن المستعير للرهن قد استعاره ليقضي به حاجته، فيصح كسائر العواري[٥].

لكن الفقهاء يشترطون لجواز رهن العارية أن يأذن المعير بذلك[٦]، معللين ذلك بما يأتي:

---

(١) انظر: الاختيار (٨٥/٢)، تبيين الحقائق (٨٥/٥)، البحر الرائق (٢٨١/٧)، الدر المختار مع حاشية رد المختار (٦٧٩/٥)، درر الحكام (٣٦٩/٢-٣٧٠)، الذخيرة (٨٩/٨)، شرح الزرقاني على مختصر خليل (٢٤٠/٥)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢٣٨/٣-٢٣٩)، الخرشي على مختصر خليل (٢٤٢/٥)، روضة الطالبين (٥٠/٤)، مغني المحتاج (١٢٥/٢)، المغني (٣٤٩/٧)، الشرح الكبير مع المقنع (٣٩٨/١٢)، المبدع (٢٢٢/٤).

(٢) الإجماع لابن المنذر (ص١٣٩).

(٣) المبدع (٢٢٢/٤).

(٤) انظر: مغني المحتاج (١٢٥/٢).

(٥) انظر: المغني (٣٤٨/٧).

(٦) انظر: الاختيار (٨٥/٢)، تبيين الحقائق (٨٥/٥)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢٣٩/٣)، مغني المحتاج (١٢٥/٢)، الشرح الكبير مع المقنع (٣٩٨/١٢-٣٩٩).

١- إن الرهن إيفاء، وليس للمستعير أن يوفي دينه بمال غيره، بغير إذنه[١].

٢- إن في رهن العارية إضرارا بالمعير؛ لأن الرهن عقد لازم بعد القبض من جهة الراهن، فصار كالإجارة، فلا يصح إلا بإذن المعير[٢].

٣- إن الإعارة من العقود غير اللازمة، فهي دون الرهن والإيجار؛ لأن الرهن والإيجار من العقود اللازمة التي هي فوق الإعارة، والشيء لا يتضمن ما فوقه، فلم يصح[٣].

الفرع الثاني: في التكييف الفقهي لرهن المستعار:

اختلف الفقهاء في رهن العين المستعارة، هل المغلب فيها عقد العارية أم عقد الضمان (الكفالة)؟ على قولين:

القول الأول: انه عقد ضمان دين، ومعناه: أنه ضمن مال الغير في رقبة ماله، وهو الأصح عند الشافعية[٤].

وقد عللوا ذلك بما يأتي:

١- إن المعير ضمن مال الغير في رقبة ماله، كما لو أذن لعبده في ضمان دين غيره، فإنه يصح، وتكون ذمته فارغة[٥].

---

(١) انظر: تبيين الحقائق (٨٥/٥)، البحر الرائق (٢٨١/٧).

(٢) انظر: تبيين الحقائق (٨٥/٥).

(٣) انظر: الدر المختار مع حاشية رد المحتار (٦٧٩/٥)، درر الحكام (٣٧٠/٢).

(٤) انظر: الأم (١٩٣/٣)، روضة الطالبين (٥٠/٤)، الأشباه والنظائر لابن الوكيل (٣٩٩/٢)، المجموع المذهب (بتحقيق الحسن بن أحمد الفكي ص٣٧٨)، القواعد للحصني (٢٧٢/٣)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٦٩)، الفوائد الجنية (٣٧٩/٢).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر لابن الوكيل (٣٩٩/٢)، المجموع المذهب (بتحقيق الحسن بن أحمد الفكي ص٣٧٨)، القواعد للحصني (٢٧٢/٣).

٢- إن العارية هي ما يستحق به المستعير منفعة العين، والمنفعة هاهنا للمالك، فدل على أنه ضمان[١].

وأجيب عنه: بأن المستعير يستحق بالعارية النفع المأذون فيه، وما عداه من النفع فهو لمالك العين[٢].

٣- إن رهن المستعار لو كان عارية لم يصح؛ لأن الرهن ينبغي أن يلزم بالقبض، والعارية لا تلزم[٣].

وأجيب عنه: بأن العارية غير لازمة من جهة المستعير؛ فإن لصاحب العبد المطالبة بفكاكه قبل حلول الدين، ولأن العارية قد تكون لازمة فيما إذا أعاره حائطا ليبني عليه، أو أرضا ليزرع فيها، ثم هو منقوض بما إذا استعاره ليرهنه بدين موصوف عند رجل معين إلى أجل معلوم[٤].

القول الثاني: انه عقد عارية، وهو قول عند الشافعية[٥] ومذهب الحنابلة[٦].

وقد عللوا ذلك بما يأتي:

١- إن المستعير قبض مال الغير بإذنه لينتفع به ضرب انتفاع، فأشبه ما لو استعاره للخدمة[٧].

---

(١) انظر: المغني (٣٤٩/٧).

(٢) انظر: المرجع السابق.

(٣) انظر: روضة الطالبين (٥٠/٤)، الشرح الكبير مع المقنع (٤٠٠/١٢).

(٤) انظر: المرجعين السابقين.

(٥) انظر: الأم (١٩٣/٣)، روضة الطالبين (٥٠/٤)، الأشباه والنظائر لابن الوكيل (٣٩٩/٢)، المجموع المذهب (بتحقيق الحسن بن أحمد الفكي ص٣٧٨)، القواعد للحصني (٢٧٢/٣)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٦٩)، الفوائد الجنية (٣٧٩/٢).

(٦) انظر: المغني (٣٤٩/٧)، الشرح الكبير مع المقنع (٣٩٩/١٢-٤٠٠).

(٧) انظر: الأشباه والنظائر لابن الوكيل (٣٩٩/٢)، المجموع المذهب (بتحقيق الحسن بن أحمد الفكي ص٣٧٨)، القواعد للحصني (٢٧٢/٣).

٢- إن المعير أعار المستعير ليقضي منها حاجته، فلم يكن ضامنا كسائر العواري[١].

القول المختار:

لم يبد لي شيء في اختيار أحد القولين؛ لأن العقد فيه شائبة من عقد العارية وشائبة من عقد الضمان، ثم إن القولين ليسا في تمحض كل منهما، بل هما في أن المغلب منهما ما هو؟[٢]، والله تعالى أعلم.

الفرع الثالث: في ضمان العين المستعارة المرهونة:

إذا تلفت العين المستعارة المرهونة، فلا يخلو الأمر من حالين: إما أن تتلف بيد المستعير الراهن، أو بيد المرتهن، وبيانها على النحو الآتي:

الحالة الأولى: أن تتلف بيد المستعير الراهن:

إذا تلفت العين المستعارة المرهونة عند المستعير الراهن قبل أن يرهنه أو بعد ما افتكه، فإن حكمها حكم تلف العين المعارة بيد المستعير، وقد تقدم تفصيل ذلك في المبحث السابق المتعلق بالضابط الفقهي: العارية مضمونة، فليرجع إليه[٣].

الحالة الثانية: أن تتلف بيد المرتهن:

إذا تلفت العين المستعارة المرهونة في يد المرتهن، فإن العلماء اختلفوا على أربعة أقوال، أذكرها - مع ذكر تعليل كل قول معه - على النحو الآتي:

---

(١) انظر: المغني (٧/٤٣٩).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٤/٥٠)، الأشباه والنظائر لابن الوكيل (٢/٣٩٩)، المجموع المذهب (بتحقيق الحسن بن أحمد الفكي ص٣٧٨)، القواعد للحصني (٣/٢٧٢)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٦٩).

(٣) كما في صفحة ٥٢٤-٥٤١، وانظر: تبيين الحقائق (٦/٨٩)، روضة الطالبين (٤/٥٢)، مغني المحتاج (٢/١٢٥)، المغني (٧/٣٤٩).

القول الأول: إذا رهن المستعير العين المعارة بدون إذن المعير، فهلكت العين المعارة بيد المرتهن، وجب ضمانها على المستعير؛ لأنه متعد فصار غاصبا.

أما إذا رهن المستعير العين المعارة بإذن المعير، فهلكت في يد المرتهن، صار المرتهن مستوفيا لدينه، ووجب للمعير على الراهن المستعير مثله؛ لأنه صار قاضيا دينه فيرجع بمثله، وهذا مذهب الحنفية[(١)].

القول الثاني: إذا هلكت العين المستعارة عند المرتهن، وهي مما يغاب عنها، توجه الغرم على المستعير والمرتهن - كما في كل عارية ورهن غير معار -، فيتبع المعير المستعير بالقيمة يوم قبض العارية، ويتبع المستعيرُ - وهو الراهن - المرتهنَ بقيمتها، فيقاصه من دينه، فمن فضل له شيء رجع به، وإن كان الرهن لا يغاب عنه فلا ضمان - كما في العارية والرهن غير المعار، وهذا مذهب المالكية[(٢)].

القول الثالث: إذا تلفت العين المستعارة عند المرتهن بلا تعد منه أو تفريط؛ فلا ضمان على المرتهن بحال؛ لأنه أمين، ولا ضمان على المستعير - وهو الراهن - لأن العقد عقد ضمان دين ولم يسقط الحق عن ذمة الراهن. وهذا قول عند الشافعية[(٣)].

---

(١) انظر: تبيين الحقائق (٨٥/٥، ٨٨/٦-٨٩)، البحر الرائق (٢٨١/٧)، الدر المختار مع حاشية رد المحتار (٦٧٩/٥)، درر الحكام (٣٦٩/٢-٣٧١، ١٤١-١٤٢، ١٤٣-١٤٤).

(٢) انظر: عقد الجواهر الثمينة (٥٨٠/٢)، الذخيرة (٨٩/٨)، شرح الزرقاني على مختصر خليل (٢٤٠/٥)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢٣٨/٣-٢٣٩)، منح الجليل (٤٣٣/٥-٤٣٤)، حاشية العدوي مع الخرشي على مختصر خليل (٢٤٢/٥).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٥١/٤)، المجموع المذهب (بتحقيق سراج الدين بلال ص٢٣٩)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (٣٥٩/١)، القواعد للحصني (١٧٥/٤)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٦٩)، مغني المحتاج (١٢٥/٢).

القول الرابع: إذا تلفت العين المستعارة بيد المرتهن، وجب الضمان على المستعير الراهن؛ لأن العقد عقد عارية، والعارية مضمونة. وهذا قول عند الشافعية[١] والصحيح من مذهب الحنابلة[٢].

القول المختار:

لعل أقرب الأقوال إلى الصواب القول الثالث، ويمكن أن أزيده توضيحا فأقول:

إذا رهن المستعير العين المعارة بدون إذن المعير، فتلفت العين المعارة بيد المرتهن، وجب ضمانها على المستعير؛ وذلك لأنه متعد، فصار غاصبا.

أما إذا رهن المستعير العين المعارة بإذن المعير، فتلفت بيد المرتهن؛ فإن كان ذلك بتعد وتفريط من المرتهن وجب عليه الضمان، وإن كان بغير تعد وتفريط من المرتهن فلا ضمان عليه؛ لأنه أمين[٣].

وأما الراهن - وهو المستعير - فلا ضمان عليه؛ لأنه أمين ولم يحصل منه تعد أو تفريط[٤]، والله تعالى أعلم بالصواب.

المطلب الخامس

من فروع الضابط

ذكر فقهاء الشافعية فروعا فقهية كثيرة تتخرج على القولين في التكييف الفقهي لرهن المستعار، وهي كما يأتي:

١ - إذا أذن المعير في رهن عينه، فهل لـه الرجوع عنه بعد قبض المرتهن؟ إن

---

(١) انظر: المراجع السابقة.

(٢) انظر: المغني (٣٤٩/٧)، المبدع (٢٢٢/٤)، الإنصاف مع المقنع (٣٨٨/١٢-٣٨٩)، الروض المربع (٥٤٨/١).

(٣) كما سيأتي في الضابط الفقهي: الرهن أمانة في يد المرتهن غير مضمون صفحة ٥١١-٥١٨.

(٤) كما مرّ معنا في المبحث السابق في العارية صفحة ٤٣٨-٤٥٢.

قلنا: ضمان فلا، وإن قلنا: عارية فوجهان، أصحهما: أنه لا يرجع، وإلا لم تكن لهذا الرهن فائدة(١).

٢- هل للمالك إجبار الراهن على فك الرهن؟ أما على القول بأنه يرجع ويسترد متى شاء فلا حاجة إلى ذلك، وأما على القول بأنه ليس له الرجوع؛ فإن قلنا: إنه عارية، فله إجباره على فك الرهن، وإن قلنا: إنه ضمان، فإن كان الدين حالاً فكذلك، وإن كان مؤجلاً فلا، كمن ضمن دينا مؤجلاً لا يطالب الأصيل بتعجيله لتبرأ ذمته(٢).

٣- لا بد من معرفة المعير جنس الدين وقدره وصفته، بناء على القول بأنه ضمان، وعلى القول بأنه عارية لا يشترط شيء من ذلك(٣).

٤- إذا حل الدين، وبيع الرهن فيه، فإن قلنا: عارية رجع المالك بقيمته، وإن قلنا: ضمان رجع بما بيع به سواء كان أقل أو أكثر(٤).

٥- إذا تلف الرهن المستعار في يد المرتهن، فإن قلنا إنه عارية فعلى الراهن الضمان، وإن قلنا إنه ضمان فلا شيء على الراهن ولا على المرتهن، وإن تلف في يد الراهن فعلى القولين كما لو تلف في يد المرتهن(٥).

٧- إذا جنى العبد المرهون، فبيع في الجناية، فعلى القول بالضمان: لا شيء على الراهن، وعلى القول بالعارية: يلزم الراهن الضمان(٦).

---

(١) انظر: روضة الطالبين (٤/٥٠)، الأشباه والنظائر لابن الوكيل (٢/٤٠٠)، المجموع المذهب (بتحقيق الحسن ابن أحمد الفكي ص٣٧٩)، الأشباه والنظائر لابن الملقن (٢/٣٠٦)، القواعد للحصني (٣/٢٧٣)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٦٩).

(٢) انظر: المراجع السابقة في الصفحات نفسها أو فيما بعدها.

(٣) انظر: المراجع السابقة.

(٤) انظر: المراجع السابقة.

(٥) انظر: المراجع السابقة.

(٦) انظر: المراجع السابقة.

المبحث السادس

الضابط الفقهي، كل من غصب شيئاً لزمه رده أو رد قيمته

هذا الضابط الفقهي هو أحد الضوابط الفقهية المندرجة تحت قاعدة: (المثلي مضمون بمثله والمتقوّم بالقيمة). وقد تناولتها في المطالب الآتية:

المطلب الأول

في صيغ الضابط

لهذا الضابط الفقهي عدة صيغ، هي من نصيب المذهب الشافعي، وهذه هي، حسب الترتيب الزمني للقائل:

١- قال عبد الوهاب السبكي وأبو حفص ابن الملقن: «كل من غصب شيئاً لزمه رده أو رد قيمته»[١].

٢- قال بدر الدين البكري: «من غصب شيئاً وجب عليه رده»[٢].

٣- وقال أيضا: «من غصب مالاً ثم رده عليه برئ من ضمانه»[٣].

٤- قال جلال الدين السيوطي: «كل من غصب شيئاً وجب رده»[٤].

المطلب الثاني

في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في الضابط

غصب: سبق تعريفه[٥]، وهو - باختصار -:

في اللغة: بمعنى أخذ الشيء على وجه الظلم والقهر[٦].

---

(١) الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/٣٢٠)، الأشباه والنظائر لابن الملقن (٢/٤٢٨).

(٢) الاعتناء (٢/٦٣٦).

(٣) المرجع السابق (٢/٦٤٦).

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٤٦٨).

(٥) كما في صفحة ٢٤٢.

(٦) انظر: لسان العرب (١/٦٤٨)، المصباح المنير (ص ١٧٠).

وفي اصطلاح الفقهاء: «استيلاء على حق غيره قهرا بغير حق»(١).

لزمه: أي وجب عليه.

رد قيمته: المراد به هنا - في الضابط - مطلق الضمان سواء كان بالمثل أم بالقيمة، وليس المراد به خصوص القيمة المقابلة للمثل(٢).

المطلب الثالث

في المعنى الإجمالي للضابط

يجب على من غصب مالاً لغيره، أن يرده إن كان باقيا بعينه، وأما إن كان تالفا فيجب عليه ضمانه.

المطلب الرابع

في أقوال الفقهاء وأدلتهم في الضابط

اتفق الفقهاء على أن الغصب أحد الأسباب الموجبة للضمان، وأن من غصب مالاً من صاحبه وجب عليه ضمانه(٣).

وأما كيفية الضمان فقد سبق بيانه تحت قاعدة: «المثلي مضمون بمثله والمتقوّم بالقيمة»(٤)، وهي باختصار: إذا كان المال المغصوب باقيا بعينه، فإنه يجب على

(١) الفروع (٤/٤٩٢)، وانظر: مغني المحتاج (٢/٢٧٥)، السراج الوهاج (ص ٢٦٦)، زاد المستقنع (ص٩٨).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/٣٠٥، ٣٠٦)، الأشباه والنظائر لابن الملقن (٢/٢٠٣).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٧/١٤٨)، البناية (١٠/٢١٣)، مجمع الضمانات (١/٢٨٨)، بداية المجتهد (٢/٣٨٦، ٣٨٧)، الذخيرة (٨/٢٥٩)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٣٤١)، التهذيب للبغوي (٤/٢٩٣)، لعزيز (٥/٣٩٨)، القواعد للحصني (٣/٤٢٠)، المغني (٧/٣٦٠)، تقرير القواعد (٢/٣١٦)، الإرشاد للسعدي (ص ١٤٨).

(٤) كما في صفحة ٤٤٤-٤٥٩.

الغاصب رده بعينه، وأما إذا تلف فإنه يجب عليه ضمانه بمثله، فإن تعذر المثل ضمنه بقيمته.

وقد استدلوا على أن الغصب سبب موجب للضمان بما يأتي:

١- قال تعالى: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ وَتُدْلُواْ بِهَآ إِلَى ٱلْحُكَّامِ لِتَأْكُلُواْ فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَٰلِ ٱلنَّاسِ بِٱلْإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾[١].

٢- وقال جل شأنه: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾[٢].

٣- عن أبي بكرة ﷺ عن النبي ﷺ قال: **(إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام، كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا)**[٣].

٤- ما جاء عن النبي ﷺ أنه قال: **(لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه)**[٤].

وجه الدلالة من هاتين الآيتين الكريمتين والحديثين الشريفين: إن الشارع الحكيم حرّم أكل أموال الناس بالباطل، والغصب من جملة أكل أموال الناس بالباطل، وهذا يقتضي وجوب ردّها إلى أصحابها إن كانت باقية، أو ضمانها إن كانت تالفة.

٥- عن أبي هريرة ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: **(أدِّ الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك)**[٥].

---

(١) سورة البقرة، الآية [١٨٨].

(٢) سورة النساء، الآية [٢٩].

(٣) سبق تخريجه صفحة ٨١، وهو متفق عليه.

(٤) سبق تخريجه صفحة ١١٥.

(٥) تقدم تخريجه صفحة ١٦٩.

٦- عن سمرة بن جندب ﷺ عن النبي ﷺ قال: (على اليد ما أخذت حتى تؤديه)[١].

٧- عن يزيد بن السائب ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: (لا يأخذ أحدكم عصا أخيه لاعباً أو جادًا، فمن أخذ عصا أخيه فليردها إليه)[٢].

وجه الدلالة من هذه الأحاديث الثلاثة: دلت الأحاديث الثلاثة على وجوب رد ما أخذ من الغير إن كان باقيا، وضمانه إن كان تالفا.

٨- اتفق الفقهاء على أن الغصب أحد الأسباب الموجبة للضمان، وأنه يجب على من غصب مالا من صاحبه أن يضمنه[٣].

المطلب الخامس

من فروع الضابط

هناك فروع كثيرة تندرج تحت هذا الضابط الفقهي، أكتفي بالتمثيل لها بما يأتي:

١- من غصب شيئاً فعجز عن رده - كعبد أبق، أو دابة شردت - فللمغصوب منه المطالبة ببدله[٤].

٢- من غصب دراهم أو دنانير، ثم تلفت عنده؛ وجب عليه ضمانها بمثلها[٥].

---

(١) تقدم تخريجه صفحة ١٥٥.

(٢) تقدم تخريجه صفحة ١٥٥.

(٣) انظر: الإشراف لابن المنذر (٢/٥١٧)، الإقناع لابن المنذر (٢/٧١٠-٧١١)، مراتب الإجماع (ص٥٩)، بداية المجتهد (٢/٣٨٧)، المغني (٧/٣٦١، ٣٦٢، ٤٠٦).

(٤) انظر: المغني (٧/٤٠٠).

(٥) انظر: التهذيب للبغوي (٤/٢٩٤).

٣- إذا غصب حيوانا ؛ لزمه رده إذا كان باقيا بعينه[١].

٤- إذا غصب من شخص سيارة، وجب عليه ردها إن كانت باقية بعينها، أو ضمانها إن كانت تالفة.

٥- إذا غصب ثوبا من آخر ؛ لزمه رده إن كان موجودا بحاله، وإلا ضمنها إن كانت تالفة[٢].

٦- إذا غصب حذاءً من رجل، وجب عليه إرجاعه إن كان موجودا بحاله، أو ضمانه إن كان تالفا[٣].

---

(١) انظر: التهذيب للبغوي (٤/ ٢٩٤).

(٢) انظر: مجمع الضمانات (١/ ٢٨٨)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/ ٣٢٠).

(٣) انظر: المرجعين السابقين.

المبحث السابع

الضابط الفقهي، الصداق المعين في يد الزوج قبل القبض مضمون ضمان عقد أو ضمان يد؟

هذا أحد ضوابط مسألة تردد الشيء بين أصلين، فيختلف الحكم فيها بحسب هذين الأصلين، وتبتنى عليها فروع عديدة، وقد تقدم منها: «إذا استعار شيئاً ليرهنه بدين فرهنه، فسبيل هذا العقد سبيل العارية أو الضمان؟»[١].

وقد تناولت هذا الضابط من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول

في صيغ الضابط

وردت صيغتان استفهاميتان لهذا الضابط الفقهي، كلتاهما من صياغة علماء المذهب الشافعي، وهما كما يأتي:

١ - قال أبو عبد الله ابن الوكيل: «قاعدة: الصداق هل يضمنه الزوج ضمان العقد أو ضمان اليد - كالمستعير والمستام - وهو المضمون بالقيمة؟»[٢].

٢ - قال أبو سعيد العلائي: «الصداق المعين في يد الزوج قبل القبض، مضمون عليه ضمان العقد أو ضمان اليد؟»[٣].

---

(١) كما في صفحة ٥٤٥.

(٢) الأشباه والنظائر لابن الوكيل (٢/٣٨٩).

(٣) المجموع المذهب (بتحقيق الحسن بن أحمد الفكي ص٣٩٥). وانظر: القواعد للحصني (٣/٢٨٦)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٧٣).

المطلب الثاني

في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في الضابط

الصداق في اللغة: يطلق على مهر الزوجة، سمي بذلك لقوته وأنه حق يلزم، والصداق مأخوذ من الصدق ضد الكذب[1].

وفي اصطلاح الفقهاء: «هو اسم المال الواجب للمرأة على الرجل بالنكاح أو الوطء»[2].

ضمان عقد أو ضمان يد: العقد واليد قسمان من أقسام أسباب الضمان، وثالثهما الإتلاف، فالعقد كالبيع والسلم والإجارة ونحو ذلك، واليد كيد الغاصب ونحوه، وقد تقدم بيان ذلك في مطلب أسباب الضمان في التمهيد[3].

المطلب الثالث

في المعنى الإجمالي للضابط

إذا عيّن الزوج مهر زوجته، ثم تلف المهر في يد الزوج قبل أن تقبضه الزوجة، فهنا هل يضمنه الزوج ضمان عقد؛ بحيث يضمنه بمهر المثل، أو يضمنه ضمان يد؛ بحيث يضمنه بالمثل أو القيمة؟ على قولين.

المطلب الرابع

في أقوال الفقهاء وأدلتهم في الضابط

اختلف الفقهاء في الصداق المعين إذا تلف في يد الزوج قبل القبض، هل يكون مضمونا عليه ضمان عقد أو ضمان يد؟ على قولين:

---

(١) انظر: معجم مقاييس اللغة (٣/٣٣٩)، القاموس المحيط (ص ١١٦١-١١٦٢).

(٢) روضة الطالبين (٧/٢١٩). وانظر: حاشية رد المحتار (٣/١٠١)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢/٢٩٣)، مغني المحتاج (٣/٢٢٠)، الإقناع (٣/٣٧٥).

(٣) كما في صفحة ٨٩-٩٧.

القول الأول: انه مضمون على الزوج ضمان عقد، وعليه فإنه يضمنها بمهر المثل، وهو القول الجديد الصحيح عن الشافعي[١].

وقد عللوا ذلك بما يأتي:

* إن الصداق مملوك بعقد معاوضة، فكان في يد الزوج كالمبيع في يد البائع، فإذا تلف العوض - وهو المهر - وجب الرجوع في المعوَّض، فإذا تعذر رده رجع إلى قيمته، كالمبيع، ومهر المثل هو القيمة، فوجب الرجوع إليه[٢].

نوقش: بأن هناك فرقا بين المهر إذا تلف والمبيع إذا تلف؛ لأن البيع ينفسخ ويزول سبب الاستحقاق، بخلاف المهر فإن عقد النكاح لا ينفسخ بهلاكه[٣].

القول الثاني: انه مضمون على الزوج ضمان يد، وعليه فإنه يضمنها بالبدل، وذلك بمثله أو قيمته، وهو مذهب الحنفية[٤] والمالكية[٥] والقول القديم

---

(١) انظر: روضة الطالبين (٧/٢٥٠) الأشباه والنظائر لابن الوكيل (٢/٣٨٩)، المجموع المذهب (بتحقيق الحسن ابن أحمد الفكي ص٣٩٥)، القواعد للحصني (٣/٢٨٦) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٧٣)، مغني المحتاج (٣/٢٢١)، الفوائد الجنية (٢/٣٨٦-٣٨٧).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٧/٢٥٠) الأشباه والنظائر لابن الوكيل (٢/٣٨٩)، المجموع المذهب (بتحقيق الحسن بن أحمد الفكي ص٣٩٥)، القواعد للحصني (٣/٢٨٦)، المغني (١٠/١٢٩).

(٣) انظر: المغني (١٠/١٢٩)، مجمع الضمانات (٢/٧٣٠)، الأشباه والنظائر لابن الوكيل (٢/٣٨٩).

(٤) انظر: تبيين الحقائق وحاشية أحمد الشلبي عليها (٢/١٦٠)، البحر الرائق (٣/٢٠١)، مجمع الضمانات (٢/٧٢٨، ٧٣٠)، الضمان في الفقه الإسلامي (١/٢٥-٢٦).

(٥) انظر: عقد الجواهر الثمينة (٢/٩٥)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٢٠٢)، شرح الزرقاني على مختصر خليل (٤/٣)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢/٢٩٤-٢٩٥، ٣٠٤).

للشافعي[١] ومذهب الحنابلة[٢].

وقد عللوا ذلك بما يأتي:

١- إن النكاح لا ينفسخ بتلف الصداق، وما لا ينفسخ العقد بتلفه في يد العاقد يكون مضمونا ضمان اليد، كما لو غصب البائع المبيع من المشتري بعد القبض، فإنه يضمنه ضمان اليد[٣].

نوقش: بأن كون النكاح لا يفسد بفساد الصداق؛ لأن الصداق ليس ركنا في النكاح، لكنه إذا ثبت ثبت عوضاً[٤].

٢- إن كل عين يجب تسليمها مع وجودها إذا تلفت مع بقاء سبب استحقاقها، فالواجب بدلها، كالمغصوب والقرض والعارية[٥].

مبنى الخلاف:

قال أبو زكريا النووي: «قال الأصحاب: القولان في ضمان العقد واليد، مبنيان على أن الصداق نحلة وعطية، أم عوض كالعوض في البيع؟ وربما ردوا

---

(١) انظر: روضة الطالبين (٧/٢٥٠) الأشباه والنظائر لابن الوكيل (٢/٣٨٩)، المجموع المذهب (بتحقيق الحسن ابن أحمد الفكي ص٣٩٥)، القواعد للحصني (٣/٢٨٦)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٧٣)، مغني المحتاج (٣/٢٢١)، الفوائد الجنية (٢/٣٨٦-٣٨٧).

(٢) انظر: المغني (١٠/١٢٢، ١٢٨-١٢٩)، الشرح الكبير مع المقنع (٢١/١٧١)، كشاف القناع (٥/١٣٥، ١٤١).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر لابن الوكيل (٢/٣٨٩)، المجموع المذهب (بتحقيق الحسن بن أحمد الفكي ص٣٩٥)، القواعد للحصني (٣/٢٨٦).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر لابن الوكيل (٢/٣٩٠)، القواعد للحصني (٣/٢٨٧).

(٥) انظر: المغني (١٠/١٢٩).

القولين إلى أن الغالب عليه شبه النحلة أم العوض؟ ودليل النحلة قول الله تعالى: ﴿ وَءَاتُوا ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحْلَةً ﴾[1]؛ ولأن النكاح لا يفسد بفساده ولا ينفسخ برده.

ودليل العوض أن قوله: زوجتك بكذا كقوله: بعتك بكذا؛ أو لأنها تتمكن من الرد بالعيب، ولأنها تحبس نفسها لاستفيائه، ولأنه تثبت الشفعة فيه، وهذا أصح.

وأجابوا عن الآية بجوابين:

أحدهما: أنه يجوز أن يكون المراد بالنحلة: الدِّين، يقال: فلان ينتحل كذا، فالمعنى: آتوهن صدقاتهن تدينا.

والثاني: يجوز أن يكون المعنى: عطية من عند الله تعالى لهن، وإنما لا يفسد النكاح بفساده، لأنه ليس ركنا في النكاح، مع أنه حكي قول قديم أنه يفسد النكاح بفساد الصداق»[2].

القول المختار:

الذي يظهر - والعلم عند الله تعالى - أن القول المختار هو الثاني، وهو أن الزوج يضمن بدل المهر المسمى مثله أو قيمته لا مهر المثل؛ «لأن النكاح هنا لم يفسد، فلم يجب رد المستحق به - وهو البضع -، وإذا لم يجب رد البضع لم يجب رد بدله، بل الواجب هو إعطاء المسمى إن أمكن وإلا فبدله، فكان بدل

---

(١) سورة النساء، الآية [٤].

(٢) روضة الطالبين (٢٥٧/٧). وانظر: الأشباه والنظائر لابن الوكيل (٣٩٠/٢)، المجموع المذهب (بتحقيق الحسن بن أحمد الفكي ص٣٩٥-٢٩٦)، القواعد للحصني (٢٨٦/٣-٢٨٧).

المسمى هو الواجب، وهو أقرب إلى ما تراضوا به من بدل البضع، وفي سائر العقود إذا فسدت نوجب رد العين أو بدلها»[١].

المطلب الخامس

من فروع الضابط

هذه بعض المسائل الفقهية المتفرعة على القولين في هذا الضابط:

١- لا يصح بيع الصداق قبل القبض؛ إذا قلنا: إنه ضمان عقد، وأما إذا قلنا: إنه ضمان يد، فإنه يصح[٢].

٢- ينفسخ الصداق إذا تلف، أو أتلفه الزوج قبل قبضه، ويرجع إلى مهر المثل، على القول: بأنه ضمان عقد، وعلى القول بأنه ضمان يد، لا ينفسخ ويلزم مثله أو قيمته[٣].

٣- لا يضمن الزوج منافع الصداق الفائتة في يده، على القول بأنه ضمان عقد، وعلى القول بأنه ضمان يد: يضمنها[٤].

٤- إذا زاد الصداق في يد الزوج، فإن كانت متصلة - كالسمن والكبر وتعلم الصنعة - فهي تابعة للأصل، وإن كانت منفصلة - كالولد والثمرة وكسب

---

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٢٩/٤٠٩)، وانظر: (٢٩/٤٠٧-٤١٠، ٥٢٠-٥٢٥)، تقرير القواعد (١/٣٣٨-٣٣٩) في الحاشية.

(٢) انظر: روضة الطالبين (٧/٢٥٠-٢٥٦)، الأشباه والنظائر لابن الوكيل (٢/٣٩١-٣٩٣)، المجموع المذهب (بتحقيق الحسن بن أحمد الفكي ص٣٩٧-٤٠٠)، القواعد للحصني (٣/٢٨٨-٢٩١) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٧٣).

(٣) انظر: المراجع السابقة.

(٤) انظر: المراجع السابقة.

الرقيق - فللمرأة قطعا، بناء على القول: بأنه ضمان يد، وإن قلنا: إنه ضمان عقد فوجهان[١].

٥- إذا أصدقها نصابا ولم تقبضه حتى حال عليه الحول، وجبت عليها الزكاة، كالمغصوب ونحوه، وفي وجه: لا تجب عليها الزكاة، تفريعا على أن الصداق مضمون ضمان العقد، كالمبيع قبل القبض[٢].

٦- إذا كان الصداق دينا جاز الاعتياض عنه، بناء على القول: بأنه ضمان يد، وعلى القول بأنه ضمان عقد، لا يجوز كالمسلم فيه[٣].

---

(١) انظر: المراجع السابقة.

(٢) انظر: المراجع السابقة.

(٣) انظر: المراجع السابقة.

الباب الرابع

القواعد والضوابط المتعلقة بسقوط الضمان

وفيه فصلان:

الفصل الأول: القواعد والضوابط المتعلقة بسقوط الضمان لعدم الاعتداء.

الفصل الثاني: القواعد المتعلقة بسقوط الضمان لمانع.

الفصل الأول

القواعد والضوابط المتعلقة بسقوط الضمان لعدم الاعتداء

وفيه تسعة مباحث:

المبحث الأول: قاعدة: الجواز الشرعي ينافي الضمان.

المبحث الثاني: قاعدة: إذن المالك في التصرفات يسقط الضمان.

المبحث الثالث: قاعدة: الأمانة غير مضمونة.

المبحث الرابع: قاعدة: كل ما قبضه الإنسان من غيره بغير عوض، فهو غير مضمون عليه.

المبحث الخامس: الضابط الفقهي: الرهن أمانة في يد المرتهن غير مضمون.

المبحث السادس: الضابط الفقهي: الضمان لا يجب على المودع إلا بالتعدي.

المبحث السابع: قاعدة: من أتلف شيئاً لدفع أذاه له لم يضمنه، وإن أتلفه لدفع أذاه به ضمنه.

المبحث الثامن: قاعدة: جناية العجماء جبار.

المبحث التاسع: قاعدة: من لم يجن لا يطالب بجناية من جنى.

المبحث الأول

قاعدة: الجواز الشرعي ينافي الضمان

من الأشياء التي تسقط الضمان الإذن في التصرف أو الإتلاف، والإذن إما أن يكون من الشارع، وإما أن يكون من المالك، وهذه القاعدة تتعلق بسقوط الضمان إذا كان هناك إذن من الشارع في التصرف أو الإتلاف، وقد يسر الله لي دراستها في المطالب التالية:

المطلب الأول

في صيغ القاعدة

ذكر الفقهاء لهذه القاعدة صيغا كثيرة، جاءت في عبارات وقوالب مختلفة، أذكر ما وقفت عليه منها على النحو الآتي:

أولاً: المذهب الحنفي:

١- جاء في كتاب تأسيس النظر[١]، ما نصه: «ما حصل مفعولا بإذن الشرع كان كأنه حصل مفعولا بإذن من له الولاية».

٢- قال أبو بكر السرخسي: «الفعل في محل مباح لا يكون سبب وجوب الضمان»[٢].

٣- قال أبو بكر الكاساني: «المتولد من الفعل المأذون فيه لا يكون مضموناً»[٣].

---

(١) (ص٤٠).

(٢) المبسوط (٩/٦٣).

(٣) بدائع الصنائع (٧/٣٠٥).

٤- قال ابن قاضي سماونة[١]: «الأصل: كل موضع كان للواضع حق الوضع فيه بريئ على كل حال»[٢].

٥- قال ابن غانم البغدادي: «المتولد من عمل غير مضمون لا يكون مضمونا»[٣].

٦- جاء في المادة (٩١) من مجلة الأحكام العدلية ما نصه: «الجواز الشرعي ينافي الضمان»[٤].

٧- قال محمود حمزة: «كل موضوع بحق إذا عطب به إنسان فلا ضمان على واضعه»[٥].

ثانياً: المذهب المالكي:

١- قال أبو عمرو ابن الحاجب[٦]: «من فعل فعلاً يجوز له – من طبيب أو

---

(١) هو الفقيه القاضي بدر الدين محمود بن إسرائيل بن عبد العزيز الحنفي، الشهير بابن قاضي سماونة، ولد في قلعة سماونة من بلاد الروم، أخذ العلم عن والده في صباه، ثم عن يوسف ومبارك شاه المنطقي وغيرهم، له مؤلفات منها: "لطائف الإشارات في الفقه"، و"جامع الفصولين" و"عنقود الجواهر"، ولي القضاء زمنا، وكان متصوفا، توفي سنة ٨٢٣هـ.
انظر: مفتاح السعادة (٢/٢٦١-٢٦٢)، كشف الظنون (١/٤٤٣)، الأعلام (٧/١٦٥)، معجم المؤلفين (٣/٧٩٩).

(٢) جامع الفصولين (٢/٨٨).

(٣) مجمع الضمانات (١/١٢٠).

(٤) شرح المجلة (ص ٥٩)، درر الحكام (١/٩٢).

(٥) الفرائد البهية (ص١٣٨).

(٦) هو الفقيه المقرئ النحوي أبو عمرو عثمان بن عمر بن أبي بكر الكردي المصري، المعروف بابن الحاجب، ولد سنة ٥٧٠هـ، وأخذ عن الشاطبي وغيره، وكان مدرسا للمالكية في جامع دمشق، ومن أشهر تلاميذه: المنذري والدمياطي، ومن مؤلفاته: "جامع الأمهات" في الفقه، و"الكافية" في النحو، و"الشافية" في الصرف، توفي سنة ٦٤٦هـ.
انظر: البداية والنهاية (١٣/١٨٨)، الديباج المذهب (ص٢٨٩-٢٩١)، شجرة النور الزكية (ص١٦٧-١٦٨).

شبهه - على وجه الصواب، فتولد منه هلاك أو تلف مال فلا ضمان عليه»[١].

٢- قال ابن جزي الغرناطي[٢]: «كل من فعل ما يجوز له فعله فتولد منه تلف لم يضمن»[٣].

ثالثاً: المذهب الشافعي:

١- قال بدر الدين الزركشي: «المتولد من مأذون فيه لا أثر له، بخلاف المتولد من منهي عنه»[٤].

رابعاً: المذهب الحنبلي:

١- قال ابن قيم الجوزية: «ما تولد من مأذون فيه لم يضمن»[٥].

٢- وقال أيضا: «ن فعل ما وجب عليه أو ندب إليه لم يلزمه ضمان ما تولد منه»[٦].

٣- وقال أيضا: «راية الواجب مهدرة بالاتفاق»[٧].

---

(١) جامع الأمهات (ص٥٢٥).

(٢) والفقيه الأصولي الأديب أبو القاسم محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي المالكي، ولد سنة ٦٩٣هـ، أخذ العلم عن أبي جعفر بن الزبير وأبي عبد الله بن رشيد وأبي القاسم بن الشاط، وأخذ عنه: لسان الدين بن الخطيب وغيره، له مؤلفات منها: "وسيلة المسلم في تهذيب صحيح مسلم" و"التسهيل لعلوم التنزيل" في التفسير، و"القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية"، توفي سنة ٧٤١هـ.

انظر: الديباج المذهب (ص٣٨٨)، الدرر الكامنة (٣/٣٥٦)، معجم المؤلفين (٣/١٠٣).

(٣) قوانين الأحكام الشرعية (ص ٣٥٠).

(٤) المنثور (٣/١٦٣)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٤١).

(٥) إعلام الموقعين (٢/٤٣).

(٦) المرجع السابق.

(٧) زاد المعاد (٤/١٣٩).

٤- قال شمس الدين ابن مفلح[١]: «ما أذن فيه لا تضمن سرايته»[٢].

٥- جاء في المادة (١٤٤٢) من مجلة الأحكام الشرعية[٣] ما نصه: «لا ضمان لما تلف بسبب فعل مباح».

٦- جاء في كتاب "طريق الوصول إلى العلم المأمول"[٤] ما نصه: «من أتلف شيئاً من مال غيره لإصلاح الباقي أو سلامته فليس بضامن».

٧- قال عبد الرحمن السعدي: «ما ترتب على المأذون غير مضمون»[٥].

٨- وقال أيضا: «ما ترتب على المأذون فيه فهو غير مضمون والعكس بالعكس»[٦].

٩- وقال أيضا: «ما نشأ عن غير المأذون فيه فإنه مضمون»[٧].

١٠- قال محمد العثيمين: «وكل ما يحصل مما قد أذن فليس مضموناً وعكسه ضمن»[٨].

---

(١) هو العلامة الفقيه شمس الدين أبو عبد الله محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج المقدسي ثم الصالحي، ولد سنة ٧١٠هـ، وقيل غير ذلك، سمع من عيسى المطعِّم وغيره، وأخذ عن ابن تيمية والمزي والذهبي، وله مؤلفات منها: "الفروع" و"الآداب الشرعية" و"شرح المنتقى"، كان من أعرف الناس باختيارات شيخ الإسلام ابن تيمية، توفي سنة ٧٦٣هـ.
انظر: الدرر الكامنة (٢٦١/٤)، المقصد الأرشد (٥١٧/٢)، شذرات الذهب (١٩٩/٦).

(٢) الفروع (٤٥١/٤).

(٣) ص ٤٤٩.

(٤) ص ٢١٣.

(٥) فتاوى السعدي ضمن المجموعة الكاملة لمؤلفات الشيخ عبد الرحمن السعدي (٣١١/٧، ٤٠٩).

(٦) القواعد والأصول الجامعة (ص ٤٤).

(٧) رسالة في القواعد الفقهية (ص٤٣).

(٨) منظومة في أصول الفقه وقواعد فقهية (ص١٥).

خامساً: صيغ لبعض المعاصرين:

١- جاء في الموسوعة الفقهية[١] ما نصه: «كل موضع يجوز للواضع أن يضع فيه أشياءه لا يضمن ما يترتب على وضعها فيه من ضرر».

٢- وجاء فيها أيضا ما نصه: «كل موضع لا يجوز له أن يضع فيه أشياءه يضمن ما ينشأ عن وضعها فيه من أضرار ما دامت في ذلك الموضع، فإن زالت عنه لم يضمن»[٢].

٣- وجاء فيها أيضا ما نصه: «كل من فعل فعلاً لم يؤذن له فيه ضمن ما تولد عنه من ضرر»[٣].

المطلب الثاني

في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة

الجواز الشرعي: أي المأذون به من قبل الشارع، سواء أكان فعلاً أو تركاً[٤].

ينافي: أي يضاد ويدفع ولا يثبت[٥].

الضمان: أي تحمل المسؤولية والغرم المالي، تعويضا عن ضرر غيره[٦].

---

(١) (٢٨/٢٨٩). ونظرية الضمان لمحمد فوزي (ص١٨٣).

(٢) المرجعين السابقين.

(٣) المرجعين السابقين.

(٤) انظر: القاموس المحيط (ص ٦٥١)، شرح القواعد الفقهية (ص٤٤٩)، الوجيز للبورنو (ص٣١٠).

(٥) انظر: مختار الصحاح (ص ٦٧٤)، المصباح المنير (ص ٢٣٦).

(٦) انظر: الوجيز للبورنو (ص٣١٠).

المطلب الثالث
في المعنى الإجمالي للقاعدة

«لا يترتب على شخص ضمان بسبب فعله أو عدم فعله شيئاً، إذا كان ذلك منه جائز شرعاً»[1].

وبعبارة أخرى: «لو فعل شخص ما أجيز له فعله شرعا، ونشأ عن فعله هذا ضرر ما، فلا يكون ضامناً للخسارة الناشئة عن ذلك»[2].

المطلب الرابع
في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة

اتفق فقهاء الحنفية[3] والمالكية[4] والشافعية[5] والحنابلة[6]

---

(١) المدخل الفقهي للزرقاء (١٠٣٢/٢).

(٢) درر الحكام (٩٢/١).

(٣) انظر: المرجع السابق، وشرح مشكل الآثار (٣٩٥/٢)، تأسيس النظر (ص٤٠)، المبسوط (٦٣/٩)، بدائع الصنائع (٣٠٥/٧)، جامع الفصولين (٨٨/٢)، فتح القدير (٤١٤/٦)، تبيين الحقائق (١١٨/٤)، مجمع الضمانات (١٢٠/١)، شرح المجلة (ص ٥٩)، الفرائد البهية (ص١٣٨)، شرح القواعد (ص ٤٤٩)

(٤) انظر: عقد الجواهر الثمينة (٣٥٢/٣)، جامع الأمهات (ص ٥٢٥)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٣٥٠)، المعيار (٣٤٤/٥، ٢٩٦/٨)، شرح المنهج المنتخب (ص ٥٤١)، التكميل (ص٨٣).

(٥) انظر: الأم (١٧٢/٦)، التهذيب للبغوي (٢٠٢/٧)، العزيز (٢٩٧/١١، ٣٠٥، ٣١٢)، قواعد الأحكام (١٥٢/٢)، روضة الطالبين (١٧٧/١٠، ١٨٢، ١٨٦، ١٨٨)، المنثور (٣٣١/٢، ١٦٣/٣)، مغني المحتاج (٢٧٧/٢-٢٧٨).

(٦) انظر: المغني (٥٢٧/١٢-٥٢٨، ٥٢٩، ٥٣٠)، إعلام الموقعين (٤٣/٢)، زاد المعاد (١٣٩/٤-١٤٠، ١٤١)، الفروع (٤٥١/٤) تقرير القواعد (٢٠٦/١-٢٠٧، ٢٠٩-٢١٠)، المبدع (١٤٥/٥، ١٩٥)، مجلة الأحكام الشرعية (ص٤٤٩)، فتاوى السعدي ضمن المجموعة الكاملة لمؤلفات الشيخ عبد الرحمن السعدي (٣١١/٧، ٤٠٩)، القواعد والأصول الجامعة (ص ٤٤)، رسالة في القواعد الفقهية (ص٤٣).

والظاهرية[١] - من حيث الجملة - على أن الشخص إذا فعل شيئاً أو تركه - وهو مما أذن فيه الشرع - ثم ترتب على هذا الفعل أو الترك ضرر أو تلف فإنه لا ضمان على الشخص.

وقد استدلوا على ذلك بما يأتي:

١- قال تعالى: ﴿مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ﴾[٢].

وجه الاستدلال: أن من فعل شيئاً يجوز فعله شرعا أو ترك شيئاً يجوز تركه شرعا فهو محسن في ذلك؛ فوجب أن لا يكون عليه سبيل في غرم[٣].

٢- حكى بعض العلماء الاتفاق على ذلك، ومنهم أبو بكر الكاساني حيث قال: «ولو قطع الإمام يد السارق فمات منه لا ضمان على الإمام ولا على بيت المال، وكذلك الفَصّاد[٤] والبزاغ[٥] والحجّام إذا سرت جراحاتهم لا ضمان عليهم بالإجماع..؛ لأن الموت حصل بفعل مأذون فيه وهو القطع؛ فلا يكون مضموناً»[٦].

---

(١) انظر: المحلى (٦/٤٤٢-٤٤٤، ٧/٨٤-٨٦).

(٢) سورة التوبة، الآية [٩١].

(٣) انظر: الإشراف للقاضي عبد الوهاب (٢/٨٣٧)، كتاب الحدود من الحاوي (٢/١١٠٧)، زاد المعاد (٤/١٤١)، المحلى (٦/٤٤٤).

(٤) الفصاد: من الفصد، وهو شق الوريد وإخراج شيء من دمه بقصد التداوي.
انظر: المصباح المنير (ص ١٨٠)، القاموس المحيط (ص ٣٩١)، معجم لغة الفقهاء (ص٣٤٦).

(٥) البزّاغ: من (بزغ البيطار والحاجم)، بمعنى شرط وأسال الدم.
انظر: المصباح المنير (ص ١٩)، القاموس المحيط (ص ١٠٠٦).

(٦) بدائع الصنائع (٧/٣٠٥).

وقال ابن قيم الجوزية في ذكر أقسام الأطباء: «أحدها: طبيب حاذق أعطى الصنعة حقها ولم تجن يده، فتولد من فعله المأذون فيه من جهة الشارع، ومن جهة من يطبُّه تلف العضو أو النفس أو ذهاب صفة فهذا لا ضمان عليه اتفاقاً؛ فإنها سراية مأذون فيه، وهذا كما إذا ختن الصبي في وقت وسنه قابل للختان، وأعطى الصنعة حقها، فتلف العضو أو الصبي لم يضمن، وكذلك إذا بطّ من عاقل أو غيره ما ينبغي بَطّه في وقته على الوجه الذي ينبغي، فتلف به لم يضمن، وهكذا سراية كل مأذون فيه لم يتعد الفاعل في سببها، كسراية الحد بالاتفاق»[(١)].

وهذا الاتفاق المحكي لا ينفي وجود خلاف في بعض فروع القاعدة، والله الموفق.

٣- إن الشارع سوَّغ ذلك الفعل أو الترك، وهذا يقتضي رفع المسؤولية والضمان عنه، وإلا لم يكن جائزا[(٢)].

المطلب الخامس

في شروط القاعدة

ذكر الفقهاء لهذه القاعدة شرطين اثنين، لا بد من توفرهما لإعمال القاعدة، والشرطان هما:

الشرط الأول: أن يكون الجواز الشرعي جوازاً مطلقا عن أي قيد؛ فإذا كان جوازا مقيدا فإنه لا ينافي الضمان[(٣)].

---

(١) زاد المعاد (٤/١٣٩).

(٢) انظر: المدخل الفقهي للزرقاء (٢/١٠٣٢).

(٣) انظر: درر الحكام (١/٩٣)، شرح القواعد (ص ٤٤٩)، الفروق (١/١٩٥، ١٩٦) مغني المحتاج (٤/١٩٥)، المغني (١٣/٣٣٩-٣٤٠)، المدخل الفقهي للزرقاء (٢/١٠٣٢-١٠٣٣)، الوجيز للبورنو (ص٣١٢)، بحوث في الفقه الطبي (ص٣٣).

وهذا يعني أن يكون الجواز مشروعاً على الإطلاق لا ممنوعاً مرخصاً عند الاضطرار.

ومن الفروع الفقهية التي تخرج عن هذه القاعدة بهذا الشرط ما يأتي:

١- إذا اضطر شخص إلى أكل طعام الغير لدفع الهلاك عن نفسه؛ فإنه يأكل ويضمن الطعام، مع أن أكله واجب لا جائز فقط؛ وذلك لأن هذا الجواز مقيد شرعا بحفظ حقوق الغير[١].

٢- إذا هدم دار جاره وقت الحريق لمنع سريان الحريق بغير إذن ولي الأمر، وبغير إذن صاحبها، فإنه يجوز له ذلك، ويضمن قيمتها معرضة للحريق؛ لأنه فعل ذلك الهدم لأجل نفسه[٢].

الشرط الثاني: أن لا يكون الجواز الشرعي مقيدا بشرط السلامة في كل ما يمكن التحرز منه، فإن كان مقيدا بشرط السلامة - كحق المرور في الطريق - فإنه لا ينافي الضمان[٣].

وهذا الشرط - في حقيقته - راجع إلى الشرط الأول.

---

(١) انظر: درر الحكام (١/٩٣)، شرح القواعد (ص ٤٥١)، المدخل الفقهي للزرقاء (٢/١٠٣٢-١٠٣٣).

(٢) انظر: شرح القواعد (ص ٤٥١).

(٣) انظر: المبسوط (٢٧/٢٥)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٤٩)، شرح المجلة (ص ٥٢٧)، درر الحكام (١/٩٢، ٢/٦٢١)، شرح القواعد (ص ٤٤٩)، الأم (٦/١٧٢)، المنثور (٢/٣٣١، ٣/١٦٣)، المغني (١٢/٥٢٩، ٥٤٥)، المدخل الفقهي للزرقاء (٢/١٠٣٣)، الوجيز للبورنو (ص٣١٢)، بحوث في الفقه الطبي (ص٣٣)، بحوث في قضايا فقهية (ص٢٩٣، ٢٩٦).

ومن الفروع الفقهية التي تخرج عن هذه القاعدة بهذا الشرط ما يأتي:

١- إذا تلف بمروره بالطريق العام شيء، فإنه يضمن، أو أتلفت دابته بالطريق العام شيئاً بفمها أو قوائمها، وهو راكبها أوسائقها أو قائدها، فإنه يضمن؛ وذلك لأن السير في الطريق العام وإن كان مباحا، لكنه مقيد شرعا بشرط السلامة في كل ما يمكن التحرز منه[١].

٢- إذا سقط عن ظهر الحمال حمل وأتلف مال أحد، وجب على الحمال الضمان[٢].

٣- إذا أحرقت شرارة ثياب أحد كان مارا في الطريق، وكانت الشرارة التي طارت من دكان الحداد حين ضربه الحديد؛ وجب على الحداد ضمان الثياب[٣].

المطلب السادس
من فروع القاعدة

هناك فروع فقهية كثيرة تندرج تحت هذه القاعدة الجليلة، أكتفي منها بما يأتي:

١- إذا حفر إنسان بئراً في ملكه الخاص به، فوقع فيها حيوان رجل، وهلك، لا يضمن حافر البئر شيئاً[٤].

---

(١) انظر: شرح القواعد (ص ٤٥٠)، المدخل الفقهي للزرقاء (١٠٣٣/٢).

(٢) انظر: درر الحكام (٦٢١/٢).

(٣) انظر: المرجع السابق.

(٤) انظر: شرح المجلة (ص ٥٩)، درر الحكام (٩٢/١، ٩٣)، شرح القواعد (ص ٤٤٩، ٤٥٠)، رسالة في القواعد الفقهية (ص٤٣-٤٤).

٢- إذا أخذ الوكيل مقابل ثمن المال الذي باعه نسيئة رهنا أو كفيلا، فإذا تلف الرهن أو أفلس الكفيل، فلا يكون الوكيل ضامنا(١).

٣- إذا خالف في حفظ الوديعة أو استعمال المأجور إلى ما هو مساوٍ، كما إذا قال: احفظها في البيت الفلاني من دارك، فحفظها في بيت آخر مثله فيها، أو استأجر الدابة ليحملها كراً معينا من حنطة مثلا، فحملها كراً من حنطة أخرى.

أو خالف إلى ما هو خير، كما إذا حفظ الوديعة في بيت أحصن من الذي عينه له المودع، أو استأجر الدابة ليحمّلها حنطة، فحمّلها شعيراً أو سمسما، فتلفت الوديعة أو العين المستأجرة، فلا ضمان عليه في شيء من ذلك(٢).

٤- إذا وكل المتولي وكيلا عنه، وترتب بذلك ضرر على الوقف؛ فإن المتولي لا يضمن؛ لأن له شرعاً أن يوكل(٣).

٥- لو أنفق الملتقط بأمر القاضي على اللقطة ليرجع بما أنفق على صاحب اللقطة، ثم طلبها صاحبها، فمنعها منه ليأخذ النفقة فهلكت بعد منعه؛ لا يضمن الملتقط ولا تسقط النفقة؛ لأن كل ما ذكر من الأعمال جائز، والجواز الشرعي ينافي الضمان(٤).

٦- إذا امتنع الوكيل بالبيع أو الشراء عن فعل ما وكل به، حتى هلك في يده المبيع أو الثمن، فإنه لا يضمن(٥).

---

(١) انظر: المراجع السابقة.

(٢) انظر: درر الحكام (١/ ٩٣)، شرح القواعد (ص ٤٤٩-٤٥٠).

(٣) انظر: درر الحكام (١/ ٩٣).

(٤) انظر: شرح القواعد (ص٤٥٠).

(٥) انظر: المرجع السابق.

٧- إذا امتنع المضارب عن العمل في رأس مال المضاربة، بعد أن قبضه حتى هلك في يده؛ فإنه لا يضمن[١].

٨- إذا أخَّر إنسان المال المدفوع إليه ليوصله إلى آخر أو ليقضي به دين الدافع حتى هلك عنده، فإنه لا ضمان عليه[٢].

٩- من كسر لمسلم طبلا أو مزمارا، أو قتل خنزيرا له، فلا يضمن، ولكن للحاكم المسلم تعزير الكاسر لافتياته على حق الحاكم[٣].

١٠- إذا باشر الطبيب فعلا يجوز له لإنقاذ حياة مريض، فأدى ذلك إلى هلاكه أو تلف شيء من أعضائه، فإنه لا يضمن[٤].

١١- إذا اقتصّ من الجاني أو قطع في السرقة، فسرى إلى النفس؛ فلا ضمان عليه[٥].

١٢- إذا تطيب قبل الإحرام، فسرى إلى موضع آخر بعد الإحرام، فلا كفارة فيما تولد منه[٦].

١٣- إذا أراد أن يمر بين يديه إنسان وهو يصلي، ثم دافعه حتى أفضى إلى تلفه أو تلف بعضه لم يضمن؛ لأنه مأذون له من الشارع[٧].

---

(١) انظر: شرح القواعد (ص٤٥٠).

(٢) انظر: المرجع السابق.

(٣) انظر: تأسيس النظر (ص٢٥)، الوجيز للبورنو (ص٣١١).

(٤) انظر: شرح المنهج المنتخب (ص ٥٤١)، التكميل (ص٨٣)، ضمان العدوان (ص١١٥).

(٥) انظر: المنثور (١٦٣/٣).

(٦) انظر: المرجع السابق.

(٧) انظر: رسالة في القواعد الفقهية (ص٤٣).

١٤- لو وطئ زوجته ثم عقرها، فإن كانت يوطأ مثلها لم يضمن ذلك العقر؛ لأنه مأذون فيه، وإن كانت لا يوطأ مثلها ضمنه[١].

١٥- من غضب وكان غضبه لله، فصدر عن ذلك الغضب أقوال وأفعال لا تجوز، متأولاً في ذلك مجتهدا، فإنه معفو عنه[٢].

١٦- إذا حمّل السيارة المستأجرة حمولتها العادية، فتلفت، فإنه لا يضمن[٣].

١٧- إذا بسط رجل في مسجد حصيرًا، أو علق فيه قنديلاً، أو فعل فيه شيئاً ينفع الناس، لم يضمن ما تلف به؛ لأنه مأذون في ذلك شرعاً[٤].

١٨- إذا رأى شخص شاة غيره تموت، فذبحها حفظا لماليتها عليه، كان ذلك أولى من تركها تذهب ضياعاً، ولا يضمن[٥].

١٩- إذا استأجر رجل غلاما، فوقعت الأكلة في طرفه، فتيقن أنه إن لم يقطعه سرت إلى نفسه فمات، جاز له قطعه ولا ضمان عليه[٦].

٢٠- إذا رأى السيل يمر بدار جاره، فبادر ونقب حائطه وأخرج متاعه، فحفظه عليه، جاز ذلك ولم يضمن نقب الحائط[٧].

---

(١) انظر: رسالة في القواعد الفقهية (ص٤٣).

(٢) انظر: المرجع السابق (ص٤٤).

(٣) انظر: النظريات الفقهية (ص٢٣٦).

(٤) انظر: المبدع (١٩٥/٥).

(٥) انظر: إعلام الموقعين (٣٩٣/٢).

(٦) انظر: المرجع السابق.

(٧) انظر: المرجع السابق (٣٩٣/٢-٣٩٤).

٢١- إذا قصد العدو مال جاره، فصالحه ببعضه دفعا عن بقيته، جاز له ولم يضمن ما دفعه إليه[١].

٢٢- إذا وقعت النار في دار جاره فهدم جانبا منها على النار، لئلا تسري إلى بقيتها، لم يضمن[٢].

---

(١) انظر: إعلام الموقعين (٢/٣٩٤).

(٢) انظر: المرجع السابق.

المبحث الثاني

قاعدة: إذن المالك في التصرفات يسقط الضمان

ذكرت في القاعدة السابقة أن الإذن في التصرف أو الإتلاف أحد مسقطات الضمان، وأن الإذن إما أن يكون من قبل الشارع، وإما أن يكون من قبل المالك، وقد كانت القاعدة السابقة تتحدث عن إذن الشارع وسقوط الضمان به، أما هذه القاعدة فهي تتحدث عن سقوط الضمان إذا كان هناك إذن من المالك، وقد تناولتها في المطالب الآتية:

المطلب الأول

في صيغ القاعدة

ذكر الفقهاء لهذه القاعدة صيغاً كثيرة، أذكر ما وقفت عليه منها على النحو الآتي:

أولاً: المذهب الحنفي:

١- قال أبو بكر السرخسي: «أخذ مال الغير بغير إذنه سبب موجب للضمان عليه، إلا عند وجود الإذن شرعاً»[١].

٢- وقال أيضا: «لا يتملك أحد مال الغير بغير رضاه إلا بالضمان»[٢].

٣- قال أبو بكر الكاساني: «المتولد من الفعل المأذون فيه لا يكون مضموناً»[٣].

٤- قال ابن غانم البغدادي: «المتولد من عمل غير مضمون لا يكون مضموناً»[٤].

---

(١) المبسوط (١٢/١١).

(٢) المبسوط (١١٧/١١).

(٣) بدائع الصنائع (٣٠٥/٧).

(٤) مجمع الضمانات (١٢٠/١).

ثانياً: المذهب المالكي:

١- جاء في كلام أبي العباس القرافي أنّ «إذن المالك في التصرفات يسقط الضمان»[١].

ثالثاً: المذهب الشافعي:

١- قال عز الدين بن عبدالسلام: «وضع اليد بغير إذن المالك مفسدة موجبة للضمان»[٢].

٢- قال عبد الوهاب السبكي: «الرضا بالشيء رضا بما يتولد منه»[٣].

٣- قال بدر الدين الزركشي: «المتولد من مأذون فيه لا أثر، بخلاف المتولد من منهيٍ عنه»[٤].

رابعاً: المذهب الحنبلي:

١- قال أبو محمد ابن قدامة: «من أذن له في إتلاف شيء فإنه لا يضمنه»[٥].

٢- قال ابن قيم الجوزية: «ما تولد من مأذون فيه لم يضمن»[٦].

٣- قال شمس الدين بن مفلح: «ما أذن فيه لا تضمن سرايته»[٧].

٤- قال برهان الدين بن مفلح: «من أتلف مالا محترماً لغيره ضمنه إذا كان بغير إذنه»[٨].

---

(١) انظر: الفروق (١/١٩٥)، موسوعة القواعد للندوي (٢/٤١).

(٢) قواعد الأحكام (١/١٤٤).

(٣) الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/١٥٢). و المنثور (٢/١٧٦)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٢٦٤).

(٤) المنثور (٣/١٦٣)، و الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٤١).

(٥) المغني (١٤/٤١١).

(٦) إعلام الموقعين (٢/٤٣).

(٧) الفروع (٤/٤٥١).

(٨) المبدع (٥/١٨٩). وانظر: م ١٤٢٣ من مجلة الأحكام الشرعية (ص٤٤٣).

٥- جاء في المادة (١٤٢٥) من مجلة الأحكام الشرعية[١] ما نصه: «من أتلف مال غيره بإذنه لا ضمان عليه».

٦- قال عبدالرحمن السعدي: «ما ترتب على المأذون غير مضمون»[٢].

٧- وقال أيضاً: «ما ترتب على المأذون فيه فهو غير مضمون، والعكس بالعكس»[٣].

٨- وقال أيضا: «ما نشأ عن غير المأذون فيه فإنه مضمون»[٤].

٩- قال محمد العثيمين: «وكل ما يحصل مما قد أذن فليس مضمونا وعكسه ضمن»[٥].

المطلب الثاني

في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة

إذن: الإذن سبق تعريفه، وهو في اللغة - باختصار -: إعلام بإجازة الشيء والرخصة فيه، ويقال: (أذن له في الشيء إذنا) أي: أباحه له، (واستأذنه): طلب منه الإذن[٦].

التصرفات: جمع تصرف، وقد سبق تعريف التصرف، وهو في اللغة - باختصار- التقليب، يقال: (صرّفته في الأمر تصريفا فتصرف) أي: قلبته فتقلب[٧].

---

(١) ص ٤٤٣.

(٢) فتاوى السعدي ضمن المجموعة الكاملة لمؤلفات الشيخ عبد الرحمن السعدي (٣١١/٧، ٤٠٩).

(٣) القواعد والأصول الجامعة (ص ٤٤).

(٤) رسالة في القواعد الفقهية (ص٤٣).

(٥) منظومة في أصول الفقه وقواعد فقهية (ص١٥).

(٦) انظر: لسان العرب (١٣/ ٩-١٣)، المصباح المنير (ص ٤).

(٧) انظر: معجم مقاييس اللغة (٣٤٢/٣) وما بعدها، القاموس المحيط (ص ١٠٦٩).

والتصرف في اصطلاح الفقهاء: «كل ما يصدر عن الشخص من قول أو فعل ويترتب عليه حكم شرعي»[١].

المطلب الثالث

في المعنى الإجمالي للقاعدة

إذا أباح المالك لغيره التصرف في ماله أو ملكه، ثم ترتب على ذلك التصرف هلاك أو تلف، فلا ضمان عليه، لوجود الإذن من المالك.

المطلب الرابع

في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة

اتفق فقهاء الحنفية[٢] والمالكية[٣] والشافعية[٤] والحنابلة[٥] على أن إذن المالك في التصرف أو الإتلاف يسقط الضمان المترتب على هذا التصرف أو الإتلاف.

---

(١) الحيازة في العقود (ص١٧). وانظر: المدخل الفقهي للزرقاء (١/٢٨٨).

(٢) انظر: المبسوط (١١/١٢، ١١٧، ١٥/١٠٤، ٢٦/١٤٧)، بدائع الصنائع (٧/٢٣٦، ٣٠٥)، البحر الرائق (٨/٣٣)، الفتاوى الهندية (٤/٤٩٩، ٥/٣٥٧)، حاشية رد المحتار (٦/٦٨-٦٩)، مجمع الضمانات (١/١٢٠).

(٣) انظر: جامع الأمهات (ص ٥٢٥)، الفروق (١/١٩٥)، العقد المنظم (٢/٨٠-٨١)، تبصرة الحكام (٢/٢٣١، ٢٤٣)، شرح الزرقاني (٨/١١٧)، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي (٤/٢٥، ٣٥٥).

(٤) انظر: الأم (٦/١٧٥-١٧٦)، قواعد الأحكام (١/١٤٤)، روضة الطالبين [(٩/١٦٤)، و(١٠/١٨٥)]، الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/١٥٢)، المنثور (٢/١٧٦، ٣/١٦٣)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٤١)، مغني المحتاج (٤/٩٣).

(٥) انظر: المغني (٧/٣٤٣، ٨/١١٧، ١٢/٥٢٨، ١٤/٤١١)، إعلام الموقعين (٢/٤٣)، الفروع (٤/٤٥١، ٤٥٢، ٦/٨)، المبدع (٥/١٠٣، ١٨٩)، الإنصاف مع المقنع (١٤/٤٨٤، ١٥/٢٩٩)، كشاف القناع (٤/١١٦، ١١٧)، مجلة الأحكام الشرعية (ص٤٤٣)، القواعد والأصول الجامعة (ص٤٤)، رسالة في القواعد الفقهية (ص٤٣).

واستدلوا على ذلك بما يأتي:

١- قال الله تعالى: ﴿مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ﴾[(١)].

وجه الاستدلال: أن من تصرف في مال بإذن مالكه، فترتب على هذا التصرف تلف المال؛ فلا ضمان على المتصرف؛ لأنه محسن في ذلك.

٢- حكى بعض العلماء الاتفاق على ذلك، ومنهم أبو بكر الكاساني حيث قال: «ولو قطع الإمام يد السارق فمات منه، لا ضمان على الإمام ولا على بيت المال، وكذلك الفَصّاد والبزاغ والحجّام إذا سرت جراحاتهم لا ضمان عليهم بالإجماع..؛ لأن الموت حصل بفعل مأذون فيه وهو القطع، فلا يكون مضموناً»[(٢)].

وقال ابن قيم الجوزية في ذكر أقسام الأطباء: «أحدها: طبيب حاذق أعطى الصنعة حقها ولم تجن يده، فتولد من فعله المأذون فيه من جهة الشارع، ومن جهة من يطبُّه تلف العضو أو النفس أو ذهاب صفة فهذا لا ضمان عليه اتفاقاً، فإنها سراية مأذون فيه»[(٣)].

٣- إن الله تعالى تفضل على عباده، فجعل ما هو حق لهم - بتسويغه وتملكه وتفضله - لا ينقل الملك فيه إلا برضاهم، ولا يصح الإبراء منه إلا بإسقاطهم، ولذلك لا يسقط الضمان في إتلافه إلا بإذنهم في إتلافه أو بالإذن في مباشرته على سبيل الأمانة[(٤)].

---

(١) سورة التوبة، الآية [٩١].

(٢) بدائع الصنائع (٧/٣٠٥).

(٣) زاد المعاد (٤/١٣٩).

(٤) الفروق (١/١٩٥).

المطلب الخامس

من فروع القاعدة

يندرج تحت هذه القاعدة فروع كثيرة، منها ما يأتي:

١- إذا استأجر رجل داراً، وحفر فيها بئراً، فعطب فيها إنسان أو حيوان؛ فإن كان حفره بإذن رب الدار فلا ضمان عليه، كما لو حفر رب الدار بنفسه، وإن كان حفر بغير إذن رب الدار فهو ضامن[١].

٢- إذا تلف حيوان في بئر حفره شخص في الطريق العام بدون إذن ولي الأمر، أو في ملك الغير أو في الملك المشترك؛ فيلزم حينئذ ضمانه[٢].

٣- إذا أباح شخص لآخر شيئاً من طعامه؛ فليس له أن يطالبه بقيمته بعد ذلك بإباحته له إياه[٣].

٤- إذا قال شخص لآخر: أتلف مالي، فأتلفه، فلا ضمان عليه[٤].

٥- إذا استأذن الطبيبُ المريضَ في عملية جراحية له، فأذن له المريض، فترتب على ذلك هلاك نفس أو تلف عضو أو ضياع مال، فلا ضمان على الطبيب[٥].

٦- إذا أذن صاحب البيت لضيفه أن يوقد ناراً، فاحترق البيت من غير تعدٍّ أو تفريط؛ فلا ضمان على الضيف[٦].

---

(١) انظر: شرح المجلة (ص ٦٠)، رسالة في القواعد الفقهية (ص ٤٣-٤٤).

(٢) انظر: درر الحكام (١/ ٩٢).

(٣) انظر: المرجع السابق (١/ ٩٣).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (٧/ ٢٣٦)، الإنصاف مع المقنع (١٥/ ٢٩٩).

(٥) انظر: جامع الأمهات (ص ٥٢٥)، العقد المنظم (ص٨٠).

(٦) انظر: العقد المنظم (ص٨١).

٧- إذا أذن الرجل لحجّام يفصده، أو لختّان يختن ولده، أو لبيطار يداوي دابته، فتولد من ذلك الفعل ذهاب نفس أو عضو أو تلفت الدابة، فلا ضمان عليه لأجل الإذن[١].

٨- من أذن له في تقليب شيء، فسقط من يده، فلا ضمان عليه[٢].

٩- إذا أذن المرتهن للراهن في ضرب العبد المرهون، فهلك في الضرب، فلا ضمان؛ لأنه تولد من مأذون فيه[٣].

١٠- إذا قطع رجل طرفا من إنسان فيه أَكِلَة بإذنه، وهو كبير عاقل، فلا ضمان عليه[٤].

---

(١) انظر: البحر الرائق (٨/٣٣)، حاشية رد المحتار (٦/٦٨-٦٩)، تبصرة الحكام (٢/٢٣١، ٢٤٣)، الأم (٦/١٧٥-١٧٦)، روضة الطالبين (١٠/١٨٥)، المغني (١٢/٥٢٩).

(٢) انظر: حاشية الدسوقي (٤/٢٥).

(٣) انظر: المنثور (٢/١٧٧)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٤١).

(٤) انظر: المغني (١٢/٥٢٨، ٨/١١٧).

المبحث الثالث

قاعدة: الأمانة غير مضمونة

تبين لنا هذه القاعدة الفقهية الكلية أن الأصل في الأمانات عدم الضمان، إلا أن لهذه القاعدة ثلاث تقييدات، يمكن معرفتها مع ما يتعلق بالقاعدة من مباحث من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول

في صيغ القاعدة

وردت صيغ كثيرة لهذه القاعدة، مما يدل على أهميتها وعمل الفقهاء بها، وفيما يلي ذكر هذه الصيغ مرتبة على النحو الآتي:

أولاً: المذهب الحنفي

١- قال أبو بكر السرخسي: «هلاك الأمانة في يد الأمين كهلاكها في يد صاحبها»[١].

٢- قال أبو الحسن المرغيناني: «الأمانات تضمن بالتعدي»[٢].

٣- قال زين الدين بن نجيم: «الأمين إذا هلكت الأمانات منه لا ضمان عليه»[٣].

٤- جاء في المادة (٧٦٨) من مجلة الأحكام العدلية ما نصه: «الأمانة غير مضمونة»[٤].

---

(١) المبسوط (١٢٨/٢٣). وانظر: موسوعة القواعد للندوي (٤٩٧/٢).

(٢) الهداية مع فتح القدير (٨٠/٩).

(٣) الفوائد الزينية (ص ١٢٧).

(٤) شرح المجلة (ص ٤٢٦).

ثانياً: المذهب الشافعي:

١- قال أبو الحسن الماوردي: «الأمانات تضمن بالتعدي»[(١)].

٢- وقال أيضا: «الأمانات تضمن بالجنايات»[(٢)].

٣- قال أبو زكريا النووي: «الضمان والأمانة لا يجتمعان»[(٣)].

ثالثاً: المذهب الحنبلي:

١- قال أبو محمد بن قدامة: «الأمين لا يضمن ما لم يوجد منه تفريط أو عدوان»[(٤)].

٢- وقال أيضا: «الضمان ينافي الأمانة»[(٥)].

٣- قال عبد الرحمن السعدي: «القاعدة الرابعة عشرة: التلف في يد الأمين غير مضمون إذا لم يتعدّ أو يفرّط»[(٦)].

المطلب الثاني

في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة

الأمانة في اللغة: نقيض الخيانة، وهي مصدر أمين، والأمن ضد الخوف[(٧)].

---

(١) الحاوي (١٢٥/٧).

(٢) المرجع السابق (٤٢٦/٧).

(٣) روضة الطالبين (٦٨/٤).

(٤) المغني (٥٥٠/١٢).

(٥) المرجع السابق (٢٥٧/٩). والمبدع (٢٣٤/٥).

(٦) القواعد والأصول الجامعة (ص ٤٤).

(٧) انظر: معجم مقاييس اللغة (١٣٣/١-١٣٤)، القاموس المحيط (ص١٥١٨).

وفي اصطلاح الفقهاء: «الأمين: هو الذي في يده مال غيره برضى المالك أو برضى الشارع أو برضى من له الولاية عليه»[(١)].

أو يقال: «هو كل من ائتمنه الإنسان على ماله ورضي ببقائه بيده على وجه الإبقاء أو الاستعمال بعوض أو غيره»[(٢)].

و«الأمانة: هي الشيء الموجود عند الشخص الذي اتخذ أمينا، سواء أجعل أمانة بعقد الاستحفاظ كالوديعة، أم كان أمانة ضِمْن عقد كالمأجور والمستعار، أو صار أمانة في يد شخص بدون عقد ولا قصد، كما لو ألقت الريح في دار أحد مال جاره؛ فنظراً لكونه لم يوجد عقد فلا يكون ذلك المال وديعة عند صاحب البيت بل أمانة فقط»[(٣)].

المطلب الثالث

في المعنى الإجمالي للقاعدة

الأصل أن الأمين لا يتحمل ضمان المال الذي ائتمن عليه إذا هلك أو فقد أو طرأ عليه نقص في يده إذا كان ذلك من غير صنعه أو تعديه أو تقصيره في الحفظ[(٤)].

---

(١) القواعد والأصول الجامعة (ص ٤٤).

(٢) الإرشاد للسعدي (ص ١٤١).

(٣) شرح المجلة (ص ٤٢٤-٤٢٥)، درر الحكام (٢/٢٢٦). وانظر: الفروق (٢/٢٠٧، ٤/٢٧)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٣٤٨)، المنثور (٢/٣٢٣)، تقرير القواعد (١/٢٩٤، ٣٠٧)، القواعد والأصول الجامعة (ص ٤٤)، الإرشاد للسعدي (ص ١٤١)، الضمان في الفقه الإسلامي (١/١٠٣).

(٤) انظر: درر الحكام (٢/٢٣٥).

المطلب الرابع

في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة

اتفق الفقهاء على أن الأمين لا يتحمل ضمان المال الذي ائتمن عليه إذا هلك أو فقد أو طرأ عليه نقص في يده، إذا لم يكن ذلك من صنعه أو تعديه أو تقصيره في الحفظ[(١)].

وقد استدلوا على ذلك بما يأتي:

١- قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾[(٢)].

٢- وقال جلّ وعلا: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[(٣)].

وجه الدلالة: أن الله تعالى نهى عباده عن أكل أموال الناس بغير حق، ومن ذلك إجبار الأمين على ضمان ما تلف من الأمانات عنده مع كونه لم يتعدّ أو يفرّط.

---

(١) انظر: المبسوط (١٢٨/٢٣)، بدائع الصنائع (٢١٠/٤)، الهداية مع فتح القدير (٨٠/٩)، الاختيار (٢٩/٣-٣١)، الفوائد الزينية (ص ١٢٧)، البحر الرائق (٢٧٣/٧-٢٧٤)، مجمع الضمانات (٧٨/١، ٣٩٩، ٤٦٥)، درر الحكام (٢٣٥/٢-٢٣٦)، الكافي لابن عبد البر (ص ٤٠٧)، جامع الأمهات (ص ٤٠٤)، الفروق (٢٠٧/٢، ٢٧/٤)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٣٤٨-٣٥٠)، الحاوي (١٢٥/٧، ٤٢٦)، التهذيب للبغوي (١١٧/٥)، روضة الطالبين (٦٨/٤، ٩٦، ٣٢٥، ٢٢٦/٥، ٣٢٧/٦)، المنثور (٣٢٣/٢)، المقنع لابن البنا (٨٥٩/٢)، المغني (٢٥٧/٩، ٥٥٠/١٢)، تقرير القواعد (٢٩٤/١، ٣٠٧)، المبدع (٢٣٤/٥)، القواعد والأصول الجامعة (ص ٤٤)، الإرشاد للسعدي (ص ١٤١)، المحلى (٩٨/٧، ١٣٧)، السيل الجرار (٢١٦/٣، ٢٨٦، ٣٤١، ٣٤٢).

(٢) سورة البقرة، الآية [١٨٨].

(٣) سورة النساء، الآية [٢٩].

وفي ذلك يقول عبدالرحمن السعدي في تفسير هذه الآية: «ينهى تعالى عباده المؤمنين أن يأكلوا أموالهم بينهم بالباطل، وهذا يشمل أكلها بالغصوب والسرقات وأخذها بالقمار والمكاسب الرديئة»(١).

ويقول الشوكاني في حق الأجير - وهو أحد الأيدي الأمينة -: «ولا يضمن إلا إذا حصلت منه خيانة أو تفريط، فإن التضمين حكم شرعي يستلزم أخذ مال مسلم معصوم بعصمة الإسلام، فلا يجوز إلا بحجة شرعية، وإلا كان ذلك من أكل أموال الناس بالباطل»(٢).

٣- قال الله تعالى: ﴿مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ﴾(٣).

وجه الدلالة: أن الأمين إذا حفظ المال ولم يتعد عليه فإنه محسن بذلك، فيجب ألا يكون عليه سبيل في الضمان(٤).

٤- عن أبي بكرة ﷺ أن النبي ﷺ قال: (إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا)(٥).

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ بيَّن لنا حرمة الأموال وأنها معصومة بعصمة الإسلام، فلا يجوز أخذ شيء منها إلا بأمر الشرع، وهذا أمر مجمع عليه(٦)، ومن ذلك مال الأمين، فإنه لا يحل أخذ شيء من ماله إلا بدليل شرعي، ولا

---

(١) تيسير الكريم الرحمن (ص ١٧٥).

(٢) السيل الجرار (٣/ ٢٠٠). وانظر: (٣/ ٢١٦).

(٣) سورة التوبة، الآية [٩١].

(٤) انظر: المحلى (٧/ ١٣٧).

(٥) سبق تخريجه صفحة ٨١.

(٦) انظر: الإشراف (٢/ ٣٥٠) ألف، مراتب الإجماع (ص٥٨).

يوجد دليل شرعي يدل على تغريمه ما تلف في يده بدون تعدّ منه أو تفريط ؛ فيبقى على البراءة الأصلية، وهي حرمة ماله وعصمته[١].

٥- قال النبي ﷺ: (لا ضرر ولا ضرار)[٢].

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ نهى عن الإضرار بالآخرين، ويدخل في ذلك الأمين ؛ فإن تضمينه ما تلف في يده من المال - بدون تعدّ منه أو تفريط - إضرار له.

٦- إن الأمين متبرع بحفظ المال من غير نفعٍ يرجع إليه ؛ فلو لزمه الضمان لامتنع الناس من قبول الأمانات، وذلك مضر بالناس، ويؤدي إلى قطع المعروف[٣].

٧- إن الأمين نائب عن المالك في حفظ الأمانة ؛ فكانت يد الأمين كيد المالك في عدم الضمان[٤].

المطلب الخامس
في تقييد القاعدة

تبين لنا في المطلب السابق أن الأصل في الأمين عدم الضمان، وعرفنا الأدلة على ذلك، لكن هذا الأصل له ثلاث تقييدات، وهي كما يأتي:

١- أن يحصل تعدّ من الأمين ؛ فهنا يجب عليه الضمان، وقد تقدم تفصيل هذا التقييد تحت قاعدة: (الضمان منوط بالتعدي)[٥].

---

(١) انظر: المحلى (١٣٧/٧)، السيل الجرار (٢١٦/٣، ٣٤٢).

(٢) سبق تخريجه صفحة ٨٤.

(٣) انظر: المهذب مع المجموع (٩/١٥)، المغني (٢٥٧/٩).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (٣٤/٦)، المهذب مع المجموع (٩/١٥).

(٥) كما في صفحة ١٤٧.

٢- أن يحصل تفريط من الأمين، فهنا يجب عليه الضمان، وقد تقدم تفصيل الكلام على هذا التقييد تحت قاعدة: (المفرط ضامن)[١].

٣- أن يشترط المؤتمن على الأمين الضمان، ويرضى الأمين بذلك؛ فهنا يجب الضمان على الأمين لالتزامه بذلك على القول المختار، وقد تقدم تفصيل الكلام على هذا التقييد تحت قاعدة: «كل ما كان أمانة لا يصير مضمونا بشرطه، وما كان مضموناً لا ينتفي ضمانه بشرطه»[٢].

المطلب السادس

في القواعد والضوابط الفقهية المندرجة تحت القاعدة

ثمة قواعد وضوابط فقهية تندرج تحت قاعدة: «الأمانة غير مضمونة»، أسوقها على النحو الآتي:

١- قاعدة: «الأمانات تنقلب مضمونة بالموت عن تجهيل». وقد تقدمت دراستها[٣].

٢- قاعدة: «كل ما كان أمانة لا يصير مضمونا بشرطه، وما كان مضمونا لا ينتفي ضمانه بشرطه». وقد تقدمت دراستها[٤].

٣- قاعدة: «كل ما قبضه الإنسان من غيره بغير عوض فهو غير مضمون عليه». وستأتي دراستها في المبحث القادم[٥].

---

(١) كما في صفحة ١٦٠.

(٢) كما في صفحة ١٧٤.

(٣) كما في صفحة ١٧١.

(٤) كما في صفحة ١٧٤.

(٥) كما في صفحة ٦٠١.

٤- الضابط الفقهي: «الرهن أمانة في يد المرتهن غير مضمون». وستأتي دراستها إن شاء الله تعالى[١].

المطلب السابع

من فروع القاعدة

هناك فروع فقهية كثيرة تندرج تحت القاعدة، أذكر منها ما يأتي:

١- إذا وقع من يد الأجير الخاص شيء من متاع صاحب المنزل من غير تعدّ منه أو تفريط، فأفسده؛ لم يضمن، وكذلك المودع عنده إذا سقطت منه الوديعة بلا تعدّ منه أو تفريط، ففسدت؛ لم يضمن[٢].

٢- اللقطة أمانة في يد الملتقط؛ لا يضمنها إلا بالتعدي عليها أو بالمنع عند الطلب[٣].

٣- سبيل البضاعة سبيل الوديعة، لا ضمان على قابضها إلا أن يتعدى أو يخالف ما أمر به؛ فيضمن[٤].

٤- لا يضمن العامل في القراض ولا الأجير فيما استؤجر عليه، إلا إذا حصل منه تعدّ أو تفريط[٥].

---

(١) كما في صفحة ٦٠٣.

(٢) انظر: الفوائد الزينية (ص ١٢٧)، الفروق (٢/ ٢٠٧)، روضة الطالبين (٦/ ٣٢٧).

(٣) مجمع الضمانات (١/ ٤٦٥).

(٤) الكافي لابن عبد البر (ص ٤٠٥).

(٥) انظر: قوانين الأحكام الشرعية (ص ٣٤٨-٣٥٠)، منتهى الإرادات (١/ ٣٥٠)، قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي (ص ٦٩-٧٠).

٥- الرهن أمانة في يد المرتهن، لا يضمنها إلا بتعدّ أو تفريط[١].

٦- إذا استأجرت رجلاً ليخيط لك ثوباً، فتلف الثوب، فإن الأجير لا يضمن إلا بالتعدي أو التفريط[٢].

٧- لا يضمن الوكيل ما تلف بيده من المال إلا إذا تعدى أو فرط[٣].

---

(١) منتهى الإرادات (١/٢٨٨-٢٨٩). وانظر: روضة الطالبين (٤/٩٦).

(٢) انظر: مجمع الضمانات (١/١٣٩).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٤/٣٢٥)، منتهى الإرادات (١/٣١٨، ٣٢١).

المبحث الرابع

قاعدة: كل ما قبضه الإنسان من غيره بغير عوض فهو غير مضمون عليه

هذه القاعدة مندرجة تحت القاعدة التي قبلها، ومؤكدة لها، وسوف يكون تناولها على النحو الآتي:

المطلب الأول

في صيغ القاعدة

لم أعثر لهذه القاعدة إلا على صيغة واحدة، ذكرها الشيخ محمد العثيمين في حاشيته على كتاب تقرير القواعد لابن رجب[1]، وهي: «كل ما قبضه الإنسان من غيره بغير عوض فهو غير مضمون عليه».

المطلب الثاني

في المعنى الإجمالي للقاعدة

الأصل أن الإنسان إذا قبض مالاً من مالكه من غير عوض؛ فإن هذا المال يكون أمانة عند قابضه؛ فلا يجب عليه ضمانه إذا تلف أو نقص إلا بتعدّ أو تفريط.

المطلب الثالث

في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة

يمكن معرفة أقوال الفقهاء وأدلتهم في هذه القاعدة، بالاطلاع على أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة السابقة: (الأمانة غير مضمونة)[2]؛ لأن من قبض

---

(١) (١/ ٣٣٧) (في الحاشية).

(٢) كما في صفحة ٥٩٢.

مال غيره بإذنه بغير عوض أمين، وقد بينت - في القاعدة السابقة - أن الفقهاء اتفقوا على صحتها، وذكرت أدلتهم على ذلك، فليرجع إليها[١].

لكن الفقهاء اختلفوا في بعض فروع هذه القاعدة، كما في العارية، وقد تقدم بحثها مفصلا تحت الضابط الفقهي: «العارية مضمونة»[٢].

المطلب الرابع

من فروع القاعدة

هناك فروع كثيرة تندرج تحت هذه القاعدة، أذكر منها المسائل الآتية:

١- إذا تلفت الوديعة في يد المودع عنده، من غير تعدّ منه أو تفريط، فإنه لا يضمن[٣].

٢- إذا وكلت رجلا في بيع سيارتك، فتلفت السيارة أو بعضها، من دون تعد أو تفريط من الوكيل، فإنه لا يضمن[٤].

٣- إذا استعرت من رجل إناءً أو كتابا أو غير ذلك، ففسد المستعار عندك من غير تعدّ منك أو تقصير؛ فلا يجب عليك الضمان على القول الصحيح[٥].

---

(١) كما في صفحة ٥٩٢.

(٢) كما في صفحة ٥٢٠.

(٣) انظر: الفوائد الزينية (ص ١٢٧)، الفروق (٢/٢٠٧)، روضة الطالبين (٦/٣٢٧).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٤/٣٢٥)، منتهى الإرادات (١/٣١٨، ٣٢١).

(٥) انظر: الاختيار (٣/٦٩). وما تقدم صفحة ٥٢٣-٥٣٩.

المبحث الخامس

الضابط الفقهي، الرهن أمانة في يد المرتهن غير مضمون

هذا الضابط الفقهي يتعلق بعقد من عقود الأمانة التي لا يجب فيها الضمان إلا بالتعدي أو التفريط، ألا وهو عقد الرهن، وسوف أتناوله في المطالب الآتية:

المطلب الأول

في صيغ الضابط

وردت صيغ كثيرة لهذا الضابط الفقهي، أذكر ما وقفت عليه منها على النحو الآتي:

أولاً: المذهب الشافعي:

١- قال أبو زكريا النووي: «الرهن أمانة في يد المرتهن»[١].

٢- قال أحمد بن فرح اللخمي الإشبيلي: «الرهن أمانة في يد المرتهن إذا تلف لم يكن عليه ضمان»[٢].

٣- قال أبو سعيد العلائي: «الرهن غير مضمون»[٣].

٤- قال عبد الوهاب السبكي: «الرهن أمانة في يد المرتهن غير مضمون»[٤].

---

(١) روضة الطالبين (٤/ ٩٦).

(٢) مختصر خلافيات البيهقي (٣/ ٣٧٧).

(٣) المجموع المذهب (بتحقيق سراج الدين بلال ص٢٥٠). وانظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٤٥٨).

(٤) الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/ ٣٠٦).

٥- قال بدر الدين البكري: «الرهن غير مضمون على المرتهن إذا تلف عنده»[١].

ثانياً: المذهب الحنبلي:

١- قال أبو محمد ابن قدامة: «يد المرتهن يد أمانة»[٢].

٢- قال عبد الرحمن بن حسن آل الشيخ[٣]: «الرهن أمانة في يد المرتهن، يضمنه بتعديه أو تفريطه»[٤].

المطلب الثاني

في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في الضابط

الرهن: سبق تعريفه في اللغة والاصطلاح[٥]، ويمكن تلخيصه فيما يأتي:

الرهن لغة: ما وضع عندك لينوب مناب ما أخذ منك، ويطلق على الثبوت ولزوم الشيء والدوام والحبس[٦].

---

(١) الاعتناء (١/٥٠٦).

(٢) المغني (٦/٤٥٣).

(٣) هو العلامة الشيخ عبد الرحمن بن حسن بن محمد بن عبد الوهاب التميمي، ولد في الدرعية سنة ١١٩٣هـ، لازم دروس جده قبل المراهقة، وقرأ على عمه عبد الله، وعلى الشيخ عبدالله بن فاضل والشيخ أحمد بن حسن بن رشيد، وتتلمذ عليه: ابنه الشيخ عبداللطيف، وحسن وعبد الرحمن ابنا الشيخ حسين آل الشيخ، من مؤلفاته: "فتح المجيد شرح كتاب التوحيد" و"قرة عيون الموحدين" و"مختصر العقل والنقل"، توفي سنة ١٢٨٥هـ.
انظر: الأعلام (٣/٣٠٤)، علماء نجد خلال ثمانية قرون (١/١٨٠-١٩٤).

(٤) الدرر السنية (٦/٢٥٣).

(٥) كما في صفحة ٤٣١، ٤٥٧.

(٦) انظر: معجم مقاييس اللغة (٢/٤٥٢-٤٥٣)، لسان العرب (١٣/١٨٨-١٩٠).

والرهن في اصطلاح الفقهاء: «جعل عين مال وثيقة بدين يستوفي منها عند تعذر وفائه»[١]. والمراد به هنا العين المرهونة.

أمانة: سبق تعريفها في اللغة والاصطلاح[٢]، والمراد بها هنا أن للرهن حكم الأمانات.

في يد: أي في حال حيازة.

المرتهن: هو الشخص الذي وضع عنده الرهن ليتوثق به من دينه الذي هو في ذمة الراهن.

المطلب الثالث
في المعنى الإجمالي للضابط

إذا تلف المال المرهون عند صاحب الدين، فإنه لا يجب عليه ضمانه إلا إذا حصل منه تعدّ أو تفريط.

المطلب الرابع
في أقوال الفقهاء وأدلتهم في الضابط

اتفق الفقهاء على أن المرتهن إذا تعدى في المال المرهون، أو فرَّط في حفظه فإنه يجب عليه ضمانه[٣].

واختلفوا فيما إذا تلف المال المرهون عند المرتهن بغير تعدّ منه أو تفريط على أقوال:

---

(١) مغني المحتاج (٢/١٢١). وانظر: الهداية مع فتح القدير (٩/٦٤)، عقد الجواهر الثمينة (٢/٥٧٧)، الروض المربع (١/٥٤٥).

(٢) كما في صفحة ٥٩٣-٥٩٤.

(٣) انظر: المغني (٦/٥٢٢).

القول الأول: أن الضمان يجب على المرتهن وإن لم يتعد أو يفرط. وهو قول الحنفية[١]، والثوري وإسحاق بن راهويه وإبراهيم النخعي وقتادة[٢].

القول الثاني: أن المال المرهون إن كان مما يغاب عليه ويخفى هلاكه - كالذهب والفضة والطعام والمتاع - فإن الضمان يجب على المرتهن، إلا أن تقوم بينة بهلاكه من غير تعدّ ولا تفريط من المرتهن.

وإن كان المال المرهون مما لا يغاب عليه ولا يخفى هلاكه - كالعقار والحيوان - فإن المرتهن لا يضمنه إلا بتعدٍّ أو تفريط. وبهذا قال مالك في الرواية المشهورة عنه والمنصورة عند أكثر أصحابه[٣].

القول الثالث: أن المال المرهون إن كان مما يغاب عليه ويخفى هلاكه - كالذهب والفضة والطعام والمتاع - فإن الضمان يجب على المرتهن، وإن قامت بينة على هلاكه من غير تعدّ ولا تفريط من المرتهن.

وإن كان المال المرهون مما لا يغاب عليه ولا يخفى هلاكه - كالعقار والحيوان - فإنه لا يجب الضمان على المرتهن إلاّ إذا تعدّى أو فرّط. وبهذا قال مالك في رواية عنه[٤].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (١٥٤/٦)، رؤوس المسائل (ص ٣٠٣)، إيثار الإنصاف (ص٧٢٦-٧٢٧)، الاختيار (٧٧/٢)، اللباب للمنبجي (٥٢١/٢).

(٢) انظر أقوالهم في: المحلى (٣٧٥/٦-٣٧٦)، المغني (٥٢٢/٦).

(٣) انظر: الإشراف للقاضي عبد الوهاب (٥٨٢/٢)، التمهيد (٤٣٩/٦)، المنتقى (٢٤٤/٥)، المقدمات الممهدات (٣٦٧/٢-٣٦٨)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٣٣٥)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢٥٣/٣-٢٥٥)، منح الجليل (٤٧٨/٥-٤٨٢).

(٤) انظر: الإشراف للقاضي عبد الوهاب (٥٨٢/٢)، المنتقى (٢٤٤/٥)، المقدمات الممهدات (٣٦٧/٢-٣٦٨).

القول الرابع: لا يجب الضمان على المرتهن إلا إذا تعدى أو فرط في المال المرهون. وهو قول الشافعية[1] ومذهب الحنابلة[2]، وقال به أبو ثور وداود الظاهري والأوزاعي وعطاء[3].

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بأدلة من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول، وهي كما يأتي:

١ - قال الله تعالى: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ﴾[4].

وجه الدلالة: أن قوله (فإن أمن) معطوف على قوله (فرهان)، مما يدل على أن الرهن ليس بأمانة؛ لأن العطف يقتضي أن يغاير المعطوف المعطوف عليه؛ إذ الشيء لا يعطف على نفسه، وإذا لم يكن أمانة كان مضمونا؛ لأن ما يكون عند الشخص من غير ماله لا يخلو إما أن يكون أمانة أو مضمونا[5].

نوقش هذا الاستدلال: بأنا لا نسلم أن قوله (فإن أمن) معطوف على قوله: (فرهان)، وإنما هي معطوفة على قوله: (وإن كنتم على سفر)؛ لأن

---

(١) انظر: الأم (٣/١٦٧)، مختصر خلافيات البيهقي (٣/٣٧٧)، روضة الطالبين (٤/٩٦)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/٣٠٦)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٤٥٨)، مغني المحتاج (٢/١٣٦-١٣٧).

(٢) انظر: المغني (٧/٥٢٢)، المبدع (٤/٢٢٧)، الإنصاف مع المقنع (١٢/٤٣٦-٤٣٧)، منتهى الإرادات (١/٢٨٨-٢٨٩)، الدرر السنية (٦/٢٥٣).

(٣) انظر أقوالهم في: المحلى (٦/٣٧٦)، المغني (٦/٥٢٢).

(٤) سورة البقرة، الآية [٢٨٣].

(٥) أحكام القرآن للجصاص (١/٥٢٦).

معنى الآية - والله تعالى أعلم -: أنه إن «كان صاحب الحق آمنا من غريمه، وأحب أن يعامله من دون رهن، فعلى من عليه الحق أن يؤدي إليه كاملا غير ظالم له، ولا باخس حقه»(١).

٢- عن أنس ﷺ قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: (الرهن بما فيه)(٢).

وعن أبي هريرة ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: (الرهن بما فيه)(٣).

وجه الدلالة من الحديثين: أن النبي ﷺ جعل تلف المال المرهون في مقابل ما رهنت به من الديون، مما يدل على أن المال المرهون مضمون على المرتهن(٤).

نوقش الاستدلال بهذين الحديثين بما يأتي:

أولاً: إن هذين الحديثين ضعيفان، كما في تخريجها في الحاشية.

ثانياً: إنه يحتمل - على فرض صحة الحديثين - أن معناهما أن الرهن محبوس بما فيه(٥).

---

(١) تيسير الكريم الرحمن (ص ١٢٠). وانظر: تفسير الطبري (٣/ ١٤٠)، الجامع لأحكام القرآن (٣/ ٢٦٧).

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه (٣/ ٣٢)، والبيهقي في السنن الكبرى: كتاب الرهن، باب من قال: الرهن مضمون (٦/ ٤٠)، والحديث فيه رجل يضع الحديث كما قال الدارقطني وغيره. وانظر: نصب الراية (٤/ ٣٢١-٣٢٢)، التعليق المغني مع سنن الدارقطني (٣/ ٣٢).

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: كتاب الرهن، باب من قال: الرهن مضمون (٦/ ٤٠) وقال: وهو منقطع بين عمرو بن دينار وأبي هريرة، ونقل عن أبي حازم أنه قال: تفرد به حسان بن إبراهيم الكرماني.

(٤) انظر: بدائع الصنائع (٦/ ١٥٤).

(٥) انظر: المغني (٦/ ٥٢٣).

٣- عن عطاء بن أبي رباح أن رجلا ارتهن فرساً، فمات الفرس في يد المرتهن، فقال رسول الله ﷺ: (ذهب حقك)[1].

وجه الاستدلال: أن النبي ﷺ أسقط الدين عن الراهن في مقابل تلف المال المرهون في يد المرتهن، مما يدل على أن المال المرهون مضمون على المرتهن.

نوقش هذا الاستدلال من وجهين:

أولاً: إن الحديث مرسل وضعيف كما هو مبين في تخريج الحديث في الحاشية.

ثانياً: إنه - على فرض صحة هذا الحديث - يحتمل أنه أراد: ذهب حقك من الوثيقة، فلا يلزم الراهن رهن آخر بدله، بدليل أنه لم يسأل عن قدر الدَّين وقيمة الفرس[2].

٤- حكى بعضهم إجماع الصحابة والتابعين على أنَّ الرهن مضمون، وإنما اختلفوا في كيفية ضمانه[3].

نوقش هذا الدليل من وجهين:

أولاً: عدم التسليم بانعقاد الإجماع؛ إذ لم يرد ذلك إلا عن عمر بن الخطاب وابنه عبدالله وعلي بن أبي طالب وعبدالله بن مسعود؛ فأما عمر وابنه

---

(١) أخرجه أبو داود في المراسيل (ص١٧٢)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (١٠٢/٤)، والبيهقي في السنن الكبرى: كتاب الرهن، باب من قال: الرهن مضمون (٤١/٦)، وضعفه الشافعي وعبد الحق وابن القطان. انظر: الأم (١٨٨/٣)، نصب الراية (٣٢١/٤).

(٢) انظر: المقدمات الممهدات (٣٦٩/٢)، المغني (٥٢٣/٦)، المبدع (٢٢٧/٤).

(٣) انظر: أحكام القرآن للجصاص (٥٢٦/١)، المبسوط (٦٤/٢١)، الهداية مع فتح القدير (٧٠/٩).

وعبدالله بن مسعود فلم يصح ذلك عنهم، وأما علي بن أبي طالب فمختلف عنه في ذلك، وأصح الروايات عنه إسقاط التضمين فيما أصابته جائحة[1].

ثانياً: إنه إن صح الإجماع فإنّ بعض أصحاب هذا القول - كالحنفية - قد خالفوا الإجماع؛ لأنهم لا يضمنون بعض الرهن، وهو ما زاد من قيمته على قيمة الدين[2].

٥- إن المرتهن إنما قبض الرهن على وجه الاستيفاء، ولو قبضه على حقيقة الاستيفاء كان مضمونا عليه، فكذلك إذا قبضه على وجه الاستيفاء، كما نقول بسوم البيع؛ لأن المقبوض بسبب البيع يكون مضمونا عليه، كالمقبوض على حقيقة البيع[3].

نوقش هذا الدليل: بأن هذا قياس مع الفارق؛ لأن المستوفى صار ملكا للمستوفي، وله نماؤه وغنمه، فكان عليه ضمانه وغرمه بخلاف الرهن[4].

أدلة القولين الثاني والثالث:

استدل أصحاب هذين القولين بما يأتي:

١- عن سمرة ﵁ عن النبي ﷺ قال: **(على اليد ما أخذت حتى تؤدي)**[5].

وجه الدلالة: أن (على) ظاهرة في اللزوم، ولكن خُصّ منها ما لا يغاب عليه؛ فإنه لا يضمن؛ للإجماع على عدم الضمان فيه، فيبقى حجة في صورة النزاع[6].

---

(١) انظر: المحلى (٦/٣٧٧-٣٧٨)، نصب الراية (٤/٣٢٣).

(٢) انظر: المحلى (٦/٣٧٨).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٦/١٥٤)، رؤوس المسائل (ص ٣٠٤).

(٤) انظر: بداية المجتهد (٢/٣٣٥-٣٣٦)، المغني (٦/٥٢٣).

(٥) سبق تخريجه صفحة ١٥٥.

(٦) انظر: الذخيرة (٨/١١١-١١٢).

نوقش هذا الدليل: بأن هذا حديث غير صحيح ؛ لأن الحسن رواه عن سمرة، وهو مختلف في سماعه منه، وقد عنعنه[(١)].

٢- إن الرهن لم يجر مجرى الأمانات المحضة ولا مجرى المضمون المحض ؛ لأن فيه شبها من الأمرين، فلم يكن له حكم أحدهما على التحديد ؛ وذلك لأن الأمانة المحضة هي التي لا نفع فيها لقابضها، بل النفع فيها للمالك - كالوديعة -، أو جل النفع - كالقراض، والمضمون المحض هو ما كان النفع كله لقابضه كالقرض، أو تعدّى جناية - كالغصب -، ومسألتنا عارية من كل ذلك ؛ فلم يكن له حكم أحدهما على التجريد، فوجب الفصل بينهما على ما قلناه[(٢)].

نوقش هذا الدليل: بأنه دليل عقلي لا يجوز معارضته بالأصول العامة في الشريعة، كحرمة أموال المسلمين وعدم جواز أكلها بالباطل.

٣- الاستحسان: ومعنى ذلك أن التفريق بين ما يغاب عليه وبين ما لا يغاب عليه بسبب التهمة ؛ لأن التهمة تلحق فيما يغاب عليه، ولا تلحق فيما لا يغاب عليه[(٣)].

نوقش هذا الدليل: بأنه مبني على التهمة، وليست التهمة مناطا للحكم ؛ لأنها ظن كاذب يأثم صاحبه، ولا يحل القول به، والتهمة متوجهة إلى كل أحد، وفي كل شيء[(٤)].

أدلة القول الرابع:

استدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

---

(١) انظر: التلخيص الحبير (٣/١١٧)، الجوهر النقي (٦/٩٠)، إرواء الغليل (٥/٣٤٨).

(٢) انظر: الإشراف للقاضي عبد الوهاب (٢/٥٨٢-٥٨٣)، المقدمات الممهدات (٢/٣٦٨-٣٦٩).

(٣) انظر: المنتقى (٥/٢٤٤)، بداية المجتهد (٢/٣٣٦).

(٤) انظر: المحلى (٦/٣٧٧).

١- قال تعالى: ﴿وَلَمْ تَجِدُواْ كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾(١).

وجه الدلالة: أن الله - جل وعز - جعل الرهن بدلاً من الكتاب، والبدل له حكم المبدل، ولما كان تلف الكتاب لا يوجب سقوط الحق، وجب أن يكون تلف الرهن غير موجب لسقوط الحق(٢).

٢- عن أبي بكرة ﷺ أن النبي ﷺ قال: (إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم حرام عليكم، كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا)(٣).

وجه الدلالة: أن الشارع الحكيم حرَّم أكل أموال المسلمين بغير وجه حق، ويدخل في ذلك: مطالبة المرتهن بضمان الرهن مع عدم تعديه أو تفريطه(٤).

٣- عن أبي هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: (لا يغلق الرهن؛ له غنمه وعليه غرمه). وفي لفظ: (لا يغلق الرهن، والرهن لمن رهنه؛ له غنمه وغليه غرمه)(٥).

---

(١) سورة البقرة، الآية [٢٨٣].

(٢) انظر: الحاوي (٦/٢٥٧).

(٣) تقدم تخريجه صفحة ٨١.

(٤) انظر: المحلى (٦/٣٧٩).

(٥) أخرجه ابن ماجه في سننه: كتاب الأحكام، باب لا يغلق الرهن (٣/١٦١) برقم (٢٤٤١) مختصرا، والدارقطني في سننه (٣/٣٢-٣٣)، والحاكم في المستدرك (٢/٥٨-٦٠)، والبيهقي في السنن الكبرى: كتاب الرهن، باب الرهن غير مضمون (٦/٣٩)، وابن حزم في المحلى (٦/٣٧٩)، وقال الدارقطني: هذا إسناد حسن متصل، وقال الحاكم: حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، وقال ابن حزم: هذا مسند من أحسن ما روي في هذا الباب، وقال ابن حجر في التلخيص الحبير (٣/٨٤): «وصحح أبو داود والبزار والدارقطني وابن القطان إرساله، وله طرق في الدارقطني والبيهقي كلها ضعيفة، وصحح ابن عبدالبر وعبدالحق وصله». وقال الألباني في إرواء الغليل (٥/٢٣٩): «مرسل».

وجه الدلالة: أن هذا الحديث دلّ على أن جميع ما كان رهنا غير مضمون على المرتهن؛ لأن النبي ﷺ قال: (الرهن لمن رهنه)؛ فمن كان له شيء فضمانه عليه، ثم زاد فأكد له فقال: (له غنمه وعليه غرمه)، وغنمه: سلامته وزيادته، وغرمه: عطبه ونقصه؛ فلا يجوز فيه إلا أن يكون ضمانه من مالكه لا من مرتهنه[1].

نوقش هذا الدليل من وجهين:

أولاً: إن الحديث متكلم فيه من حيث الصحة والضعف؛ فمن العلماء من ضعفه كما في تخريجه في الحاشية.

ثانياً: إنه «يحتمل أن يكون معنى قوله عليه الصلاة والسلام: (لا يغلق الرهن) أي لا يهلك؛ إذ الغلق يستعمل في الهلاك، كذا قال بعض أهل اللغة[2]، وعلى هذا كان الحديث حجة عليه؛ لأنه يذهب بالدين فلا يكون هالكا معنى، وقيل معناه: أي لا يستحقه المرتهن ولا يملكه عند امتناع الراهن عن قضاء الدين»[3].

٤- إن الرهن مقبوض بعقد واحد، بعضه أمانة لا يجب ضمانه - وهو ما زاد على قدر الحق -، فوجب أن يكون جميعه أمانة غير مضمون كالودائع والمستأجر[4].

---

(١) انظر: الأم (٣/١٦٧).

(٢) انظر: تهذيب اللغة (١٦/١٤١)، لسان العرب (١٠/٢٩٣).

(٣) بدائع الصنائع (٦/١٥٥).

(٤) انظر: الحاوي (٦/٢٥٧)، المغني (٦/٥٢٣).

نوقش هذا الدليل: بأنه لا مانع أن يكون الشيء الواحد بعضه أمانة وبعضه مضمون، كما لو جعل خمسة عشر درهما في كيس، ودفعه إلى صاحب الدين على أن يستوفي دينه منه عشرة، فيكون أمينا في الزيادة.

والراهن مثله، كأنه جعل مقدار الدين في وعاء، وسلمه الدائن ليستوفي حقه منه، فعندما يتلف في يده يتم استيفاؤه في مقدار حقه، وما زاد يكون أمانة[1].

القول المختار:

الذي يظهر لي - والعلم عند الله تعالى - أن القول المختار هو القول الرابع، القائل بأن المرتهن لا يجب عليه ضمان المال المرهون إلا إذا تعدى أو فرط، وذلك لما يأتي:

أولاً: «إن أموال العباد معصومة بعصمة الإسلام، لا يحل لمسلم أن يحلها لغيره، أو يستحلها بغير شرع واضح، وإلا كان من أكل أموال الناس بالباطل أو تأكيلها، وإذا عرفت هذا فلا ضمان على المرتهن إلا لخيانة أو تفريط؛ لأنه قد تسبب بذلك إلى تلفها، ولا يضمن غير ذلك كائنا ما كان؛ لأنه أخذها بإذن مالكها في حق أثبته له الشرع، وهو الترفق ببقائها لديه في دينه الذي انتفع به مالكها»[2].

ثانياً: عدم وجود دليل شرعي ينص على وجوب الضمان على المرتهن، أو ينص على التفريق بين ما يغاب عليه وما لا يغاب عليه.

---

(١) انظر: المبسوط (٢١/٦٧).

(٢) السيل الجرار (٣/٢٧٦-٢٧٧).

ثالثاً: ضعف الاستدلال بأدلة الأقوال الأخرى وعدم سلامتها من الاعتراض.

المطلب الخامس

في كيفية ضمان المرتهن للرهن

إذا هلك المال المرهون في يد المرتهن، ووجب الضمان على المرتهن، فإن الفقهاء اختلفوا في كيفية ضمانه:

القول الأول: أن الرهن يضمن بالأقل من قيمته ومن الدين؛ فإذا هلك في يد المرتهن وقيمته مساوية للدين صار المرتهن مستوفيا لدينه، ولم يرجع أحدهما على الآخر، وإن كانت قيمة الرهن أكثر سقط مقدار الدين من قيمة الرهن، وما زاد على الدين فهو أمانة في يد المرتهن لا يضمنه إلا بالتعدي أو التفريط، وإن كانت قيمة الرهن أقل من الدين سقط من الدين بقدره، ورجع المرتهن بالباقي من الدين على الراهن.

وهذا مذهب الحنفية[1].

القول الثاني: أن الرهن مضمون بقيمته؛ فإذا هلك في يد المرتهن وقيمته مساوية للدين صار المرتهن مستوفيا لدينه، ولم يرجع أحدهما على الآخر، وإن كانت قيمة الرهن أكثر سقط مقدار الدين من قيمة الرهن، وردّ على الراهن الزيادة عن الدين، وإن كانت قيمة الرهن أقل من الدين سقط من الدين بقدره، ورجع المرتهن بما بقي من الدين على الراهن.

---

(١) انظر: رؤوس المسائل (ص ٣٠٣)، الهداية مع فتح القدير (٩/٧٥-٧٦)، الاختيار (٢/٧٨).

وهذا قول المالكية[١] وزفر[٢] من الحنفية[٣].

القول الثالث: إذا تلف الرهن في يد المرتهن، ولزمه الضمان، فإنه يضمنه بقيمته، ويبقى الدين ثابتا في ذمة الراهن لا يسقط منه شيء.

وهذا مذهب الشافعية[٤] والحنابلة[٥].

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

١- عن عمر بن الخطاب ﷺ قال في الرجل يرتهن الرهن فيضيع، قال: «إن كان أقل مما فيه يرد عليه تمام حقه، وإن كان أكثر فهو أمين»[٦].

---

(١) انظر: الإشراف (٢/٥٨٣)، الكافي لابن عبد البر (ص ٤١٣)، المقدمات الممهدات (٢/٣٦٧-٣٦٨).

(٢) هو الفقيه العالم أبو الهذيل زفر بن الهذيل بن قيس العنبري البصري، ولد سنة ١١٠هـ، صحب أبا حنيفة وأخذ عنه، وكان ثقة موصوفا بالعبادة، وكان من أصحاب الحديث ثم غلب عليه الرأي، وكان أقيس أصحاب أبي حنيفة، ولي قضاء البصرة، توفي سنة ١٥٨.
انظر: الجواهر المضية (٢/٢٠٧-٢٠٩)، تاج التراجم (ص١٦٩-١٧٠)، مفتاح السعادة (٢/٢٢٤).

(٣) انظر: الهداية مع فتح القدير (٩/٧٥).

(٤) انظر: الوجيز (١/١٦٦)، روضة الطالبين (٤/٩٦)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/٣٠٦)، مغني المحتاج (٢/١٣٧).

(٥) انظر: الفروع (٤/٢٢٨-٢٢٩)، المبدع (٤/٢٢٨)، الإنصاف مع المقنع (١٢/٤٣٩).

(٦) أخرجه ابن أبي شيبة (٥/٣٣٥)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/١٠٣)، وابن حزم في المحلى (٦/٣٧٥-٣٧٦)، والبيهقي في السنن الكبرى: كتاب الرهن، باب من قال: الرهن مضمون (٦/٤٣). وقال ابن حزم: «فأما عمر فلم يصح عنه ذلك؛ لأنه من رواية عبيد بن عمير، وعبيد لم يولد إلا بعد موت عمر، أو أدركه صغيراً لم يسمع منه شيئاً»، وقال البيهقي: هذا ليس بمشهور عن عمر.

وجه الدلالة: أن هذا الأثر واضح الدلالة على المسألة.

نوقش: بأن هذا الأثر ضعيف كما جاء في تخريجه في الحاشية.

٢- عن علي بن أبي طالب ﷺ قال: «إذا كان الرهن أكثر مما رهن به فهلك؛ فهو بما فيه؛ لأنه أمين في الفضل، وإذا كان أقل مما رهن به فهلك ردّ الراهن الفضل»[١].

وجه الدلالة: أن هذا الأثر عن علي بن أبي طالب - ﷺ - واضح الدلالة على المسألة.

نوقش هذا الأثر: بأنه معارض بما جاء عن علي بن أبي طالب ﷺ أنه قال في الرهن: «يترادان الفضل، فإن أصابته جائحة برئ»[٢]، فصح أن علي بن أبي طالب لم ير تراد الفضل إلا فيما تلف بجناية المرتهن، لا فيما أصابته جائحة، بل رأى البراءة له مما أصابته جائحة[٣].

٣- «إن يد المرتهن يد استيفاء؛ فلا توجب الضمان إلا بالقدر المستوفى كما في حقيقة الاستيفاء، والزيادة مرهونة ضرورة امتناع حبس الأصل بدونها، ولا ضرورة في حق الضمان»[٤].

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٥/٣٣٤)، وعبد الرزاق في مصنفه (٨/٢٣٩).

(٢) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٨/٢٣٩)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٥/٣٣٤)، وابن حزم في المحلى (٦/٣٧٦).

(٣) المحلى (٦/٣٧٦).

(٤) الهداية مع فتح القدير (٩/٧٥-٧٦).

١- عن علي بن أبي طالب ﷺ قال: (يترادان الفضل في الرهن)[١].

وجه الدلالة: أن هذا الأثر واضح الدلالة على المراد.

نوقش هذا الأثر: بأنه معارض بما جاء عن علي -ﷺ- في الرواية الأخرى المتقدمة في أدلة القول الأول.

٢- إن الزيادة على الدين مرهونة؛ لكونها محبوسة به؛ فتكون مضمونة اعتبارا بقدر الدين[٢].

أدلة القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

١- إن الدين ثابت في ذمة الراهن قبل التلف، ولم يوجد ما يسقطه بعد التلف؛ فيبقى على حاله، ويضمن الرهن بقيمته[٣].

٢- إذا تلف الرهن في يد المرتهن، ولزمه الضمان، ضمنه بقيمته، ويبقى الدين ثابتاً في ذمة الراهن، كما لو دفع إليه عبداً يبيعه ويأخذ حقه من ثمنه[٤].

القول المختار:

الذي يظهر لي - والعلم عند الله - أن القول المختار هو القول الثالث؛ لأنه المتفق مع قواعد الشريعة في أن المضمون يضمن بمثله أو بقيمته.

---

(١) تقدم تخريجه قريبا صفحة ٦١٧.

(٢) الهداية مع فتح القدير (٩/٧٥).

(٣) انظر: المبدع (٤/٢٢٨).

(٤) انظر: المرجع السابق.

المطلب السادس

من فروع الضابط

تندرج تحت هذا الضابط الفقهي مسائل كثيرة، أذكر منها ما يأتي:

١- إذا تعدّى المرتهن على المال المرهون عنده، فكسره أو حرقه أو أتلفه، فإن الضمان يجب عليه(١).

٢- إذا فرط المرتهن في حفظ المال المرهون عنده، فتلف أو نقص، وجب على المرتهن ضمانه(٢).

٣- إذا أدى الراهن الدين للمرتهن، وطلب منه الرهن، فامتنع المرتهن من رد الرهن، ثم تلف الرهن، وجب على المرتهن ضمانه(٣).

٤- إذا تلف المال المرهون عند المرتهن، من غير تعدّ أو تفريط منه، فإن الضمان لا يجب عليه(٤).

٥- إذا ارتهن رجل من آخر سيارة في دين عليه، فوضع المرتهن السيارة في مكان غير آمن، فكسر زجاج السيارة، ولم يعرف كاسره؛ وجب على المرتهن الضمان لتقصيره.

٦- إذا ارتهن رجل من آخر بطاقة شخصية في دين عليه، فسرقت البطاقة أو ضاعت بسبب تقصيره، يلزم المرتهن ضمان ما ترتب على فقدانها من خسارة مالية.

---

(١) انظر: روضة الطالبين (٤/٩٦)، المغني (٦/٥٢٢).

(٢) انظر: المغني (٦/٥٢٢).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٤/٩٦)، مغني المحتاج (٢/١٣٧).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/٣٠٦)، الدرر السنية (٦/٢٥٣).

٧- إذا رهن رجل كتباً عند آخر في دين عليه، فتلفت الكتب بسبب الأمطار، من غير تعدّ أو تفريط من المرتهن، فإنه لا ضمان عليه.

٨- إذا أعار المرتهن العين المرهونة عنده، فتلفت عند المستعير، وجب على المرتهن ضمانه لتعديه[1].

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (٣٠٦/١)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٤٥٨).

المبحث السادس

الضابط الفقهي

الضمان لا يجب على المودع إلا بالتعدي

يتعلق هذا الضابط الفقهي بعقد من عقود الأمانة، التي لا يجب فيها الضمان إلا بالتعدي أو التفريط، وهو عقد الوديعة، وسوف أتناول هذا الضابط فيما يأتي من مطالب:

المطلب الأول

في صيغ الضابط

وردت عدة صيغ لهذا الضابط الفقهي، أذكرها على النحو الآتي:

أولاً: المذهب الحنفي:

١- قال أبو الحسن المرغيناني: «الوديعة أمانة في يد المودع»[١].

٢- قال زين الدين ابن نجيم: «الوديعة أمانة»[٢].

ثانياً: المذهب المالكي:

١- قال أبو الوليد ابن رشد الجد: «الوديعة أمانة»[٣].

---

(١) الهداية مع فتح القدير (٤٥٢/٧).

(٢) الفوائد الزينية (ص ١٥٧).

(٣) المقدمات الممهدات (٤٥٥/٢).

ثالثاً: المذهب الشافعي:

١- قال أبو إسحاق الشيرازي[١][٢] ومحيي السنة البغوي[٣]: «الوديعة أمانة في يد المودع».

رابعاً: المذهب الحنبلي:

١- قال أبو القاسم الخرقي: «ليس على المودع ضمان إذا لم يتعد»[٤].

٢- قال الوزير ابن هبيرة[٥]: «الضمان لا يجب على المودع إلا بالتعدي»[٦].

---

(١) هو الفقيه الأصولي أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف بن عبد الله الشيرازي الفيروزأبادي، ولد سنة ٣٩٣هـ، تفقه على أبي الفرج البيضاوي وأبي الطيب الطبري وأبي علي الزجاجي، ومن تلاميذه: أبو بكر الشاشي والقاضي أبو بكر محمد بن قاسم، ومن مؤلفاته: المهذب والتنبيه وطبقات الفقهاء، توفي سنة ٤٧٦هـ.

انظر: تهذيب الأسماء واللغات (١٧٢/٢)، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة (٢٤٤/١)، معجم المؤلفين (٤٨/١).

(٢) المهذب مع المجموع (٩/١٥).

(٣) التهذيب للبغوي (١١٧/٥). وانظر: الحاوي (١٢٥/٧).

(٤) مختصر الخرقي مع المغني (٢٥٧/٩).

(٥) هو الوزير العادل والفقيه العالم أبو المظفر يحيى بن محمد بن هبيرة بن سعد، الشيباني الدوري العراقي الحنبلي، ولد سنة ٤٩٩هـ، تفقه بأبي الحسين ابن القاضي أبي يعلى، وسمع الحديث من أبي الغالب بن البنا وغيره، أخذ عنه: ابن الجوزي وغيره، له مؤلفات منها: الإفصاح عن معاني الصحاح وكتاب العبادات على مذهب الإمام أحمد واختصار كتاب إصلاح المنطق، توفي سنة ٥٦٠هـ.

انظر: سير أعلام النبلاء (٤٢٩/٢٠-٤٣٢)، طبقات الحنابلة (٢٥١/٣)، شذرات الذهب (١٩١/٤).

(٦) الإفصاح لابن هبيرة (٢٣/٢).

المطلب الثاني
في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في الضابط

المودَع: هو الذي قبل حفظ الوديعة.

والوديعة لغة: مأخوذة من ودع الشيء، وهو الترك، فالواو والدال والعين أصل واحد يدل على الترك والتخلية[١].

والوديعة اصطلاحاً: يطلق الفقهاء كلمة الوديعة في الشرع على العين المراد حفظها، وعلى الإيداع؛ وهو العقد المقتضي لحفظ العين المراد حفظها[٢]، وقد ذكر الفقهاء لكل من الإطلاقين تعريفات كثيرة، أقتصر على تعريف واحد لكل منهما:

فالوديعة - بمعنى العين المودعة - هي: «المال أو المختص المحترم الذي يوضع عند الغير لحفظه لصاحبه»[٣].

والوديعة - بمعنى الإيداع - هي: «توكيل في حفظ مملوك أو محترم مختص على وجه مخصوص»[٤].

هذا ومما ينبغي ذكره أن الوديعة نوع من أنواع الأمانات، فهي أخص من الأمانة[٥].

---

(١) انظر: معجم مقاييس اللغة (٩٦/٦)، القاموس المحيط (ص ٩٩٤).

(٢) انظر: مغني المحتاج (٧٩/٣).

(٣) تحفة المحتاج، وانظر: الدر المختار مع حاشية رد المحتار (٦٦٢/٥)، حاشية الروض المربع (٤٥٦/٥).

(٤) مغني المحتاج (٧٩/٣). وانظر: الدر المختار مع حاشية رد المحتار (٦٦٢/٥)، قوانين الأحكام الشرعية (ص٤٠٠)، حاشية الروض المربع (٤٥٦/٥).

(٥) انظر: الدر المختار مع حاشية رد المحتار (٦٦٢/٥).

المطلب الثالث

في المعنى الإجمالي للضابط

إن الوديعة أمانة ؛ فإذا تلفت عند المودع عنده، فإنه لا يجب عليه ضمانها إلا إذا تعدى أو فرط فيها.

المطلب الرابع

في أقوال الفقهاء وأدلتهم في الضابط

اتفق الفقهاء على أن المودع عنده إذا تعدى في الوديعة أو فرط في حفظها، فتلفت ؛ وجب عليه ضمانها ؛ لأنه متلف لمال غيره فضمنه، كما لو أتلفه من غير استيداع[1].

أما إذا تلفت الوديعة من غير تعدّ من المودع عنده أو تفريط ؛ فقد حكى بعض العلماء الإجماع على عدم وجوب الضمان على المودع عنده.

قال أبو بكر بن المنذر: «وأجمع أكثر أهل العلم على أن المودع إذا أحرز الوديعة، ثم تلفت من غير جنايته، أن لا ضمان عليه»[2].

وقال أبو إسحاق الشيرازي: «الوديعة أمانة في يد المودع، فإن تلفت من غير تفريط لم تضمن..، وهو إجماع فقهاء الأمصار»[3].

وقال الوزير ابن هبيرة: «واتفقوا على أن الوديعة أمانة، وأنها من القرب المندوب إليها، وأن في حفظها ثوابا، وأن الضمان لا يجب على المودع إلا بالتعدي»[4].

---

(١) انظر: مراتب الإجماع (ص٦١)، المحلى (١٣٧/٧)، المغني (٩/٢٥٧-٢٥٨).

(٢) الإجماع (ص١٤٦).

(٣) المهذب مع المجموع (١٥/٩).

(٤) الإفصاح (٢/٢٣).

وقال أبو الوليد بن رشد الحفيد: «وجل المسائل المشهورة بين فقهاء الأمصار في هذا الكتاب، هي في أحكام الوديعة: فمنها أنهم اتفقوا على أنها أمانة لا مضمونة، إلا ما حكي عن عمر بن الخطاب»(١).

وعلى الرغم من وجود الجزم في حكاية الإجماع - كما في نص أبي إسحاق الشيرازي -، أو الاتفاق - كما في نص ابن هبيرة - على عدم الضمان، إلا أن نص كل من ابن المنذر وابن رشد يشعر بوجود خلاف في المسألة، وبيان هذا الخلاف على النحو الآتي:

اختلف الفقهاء في ما إذا تلفت الوديعة في يد المودع عنده، من غير تعدّ منه أو تفريط على قولين:

القول الأول: لا ضمان على المودع عنده، إلا إذا تلفت الوديعة من بين ماله، فهنا يجب عليه الضمان وإن لم يتعدّ أو يفرط. وهو رواية عن أحمد(٢) وقول إسحاق بن راهويه(٣).

القول الثاني: لا ضمان على المودع عنده، حتى لو تلفت الوديعة من بين ماله. وهو مذهب الحنفية(٤) والمالكية(٥) والشافعية(٦) وأصح الروايتين عن أحمد

---

(١) بداية المجتهد (٣٧٨/٢).

(٢) انظر: المغني (٢٥٧/٩)، تقرير القواعد (٣٠٧/١، ٣٢٣)، الإنصاف مع المقنع (١٦/٧-٨)، الإقناع (٥/٣).

(٣) انظر: الحاوي (٣٥٦/٨).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (٢١٠/٦)، الاختيار (٢٩/٣)، البحر الرائق (٢٧٣/٧-٢٧٤)، حاشية رد المحتار (٦٦٣/٥-٦٦٤).

(٥) انظر: الإشراف للقاضي عبد الوهاب (٦٢٤/٢، ٦٢٦)، المقدمات الممهدات (٤٥٥/٢)، عقد الجواهر الثمينة (٧٢١/٢، ٧٢٢)، شرح الزرقاني على مختصر خليل (١١٤/٦).

(٦) انظر: اللباب للمحاملي (ص٢٥٤)، الحاوي (٣٥٦/٨)، التهذيب للبغوي (١١٧/٥)، روضة الطالبين (٣٢٧/٦)، مغني المحتاج (٨١/٣).

- عليها المذهب-[(١)]، وهو قول الظاهرية[(٢)] وشريح والنخعي والثوري والأوزاعي[(٣)].

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

١- عن أنس بن مالك ﷺ أن عمر بن الخطاب ﷺ ضمّنه وديعة سرقت من بين ماله[(٤)].

وجه الدلالة: هذا الأثر صريح الدلالة على أن الوديعة إن تلفت من بين مال المودع عنده؛ فإنه يضمن.

نوقش هذا الأثر بما يأتي:

أولاً: إنه محمول على التفريط من أنس في حفظها، فضمنها إياه بالتفريط[(٥)].

ثانياً: إنه معارض بأثر آخر عن عمر ﷺ سيأتي في أدلة القول الثاني.

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بأدلة من الكتاب والسنة وآثار الصحابة والمعقول، وهي كما يأتي:

---

(١) انظر: المغني (٩/٢٥٧)، تقرير القواعد (١/٣٠٧، ٣٢٣)، الإنصاف مع المقنع (١٦/٧-٨)، الإقناع (٣/٥).

(٢) انظر: المحلى (٧/١٣٧).

(٣) انظر أقوالهم في: المغني (٩/٢٥٧).

(٤) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٨/١٨٢)، والبيهقي في السنن الكبرى: كتاب الوديعة، باب لا ضمان على مؤتمن (٦/٢٨٩-٢٩٠)، وقال ابن حزم: في المحلى (٧/١٣٧): «وقد صح عن عمر بن الخطاب تضمين الوديعة»، وصححه الألباني في إرواء الغليل (٥/٣٨٦).

(٥) انظر: الحاوي (٨/٣٥٦)، السنن الكبرى (٦/٢٩٠)، المغني (٩/٢٥٧).

١- قال الله تعالى: ﴿مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ﴾[١].

وجه الدلالة: تبين الآية الكريمة أن من أحسن في فعل شيء، ثم ترتب على هذا الإحسان تلف أو نقص؛ فإنه لا يجب الضمان على المحسن، ومن ذلك المودع عنده إذا تلفت الوديعة في يده من غير تعدّ منه أو تفريط؛ لم يجب عليه الضمان وإن تلفت من بين ماله.

وفي ذلك يقول الشيخ عبد الرحمن السعدي عند تفسيره لهذه الآية: «ويستدل بهذه الآية على قاعدة وهي: أن من أحسن على غيره، في نفسه أو في ماله ونحو ذلك، ثم ترتب على إحسانه نقص أو تلف، أنه غير ضامن؛ لأنه محسن، ولا سبيل على المحسنين، كما أنه يدل على أن غير المحسن - وهو المسيء - كالمفرط؛ أن عليه الضمان»[٢].

٢- قال الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَـٰنَـٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا﴾[٣].

وجه الدلالة: أن الله تعالى سمى الوديعة أمانة؛ فلا تضمن؛ لأن الضمان ينافي الأمانة[٤].

٣- عن أبي بكرة ﷺ عن النبي ﷺ قال: (إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا)[٥].

---

(١) سورة التوبة، الآية [٩١].

(٢) تيسير الكريم الرحمن (ص ٣٤٨).

(٣) سورة النساء، الآية [٥٨].

(٤) انظر: المغني (٩/٢٥٧).

(٥) متفق عليه، وقد سبق تخريجه صفحة ٨١.

وجه الدلالة: دلّ هذا الحديث الشريف على حرمة أموال المسلمين، وعدم جواز أكلها بغير وجه حق، ويدخل في هذا: مال المودع عنده؛ فإنه حرام على غيره، ما لم يوجب أخذه منه نص[1].

٤- عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما عن النبي ﷺ قال: (من أودع وديعة فلا ضمان عليه)[2].

وجه الدلالة: أن هذا الحديث نص في عدم وجوب الضمان على المودع عنده.

نوقش: أن هذا الحديث متكلم فيه، وقد ضعفه بعض العلماء - كما في تخريجه في الحاشية -.

٥- عن عبدالله بن عمرو رضي الله عنهما عن النبي ﷺ قال: (ليس على المستعير غير المغل ضمان، ولا على المستودع غير المغل ضمان)[3].

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ نفى الضمان عن المودع عنده إذا لم يكن خائنا.

نوقش هذا الحديث: بأن العلماء قد حكموا عليه بالضعف؛ فلا يصلح حجة.

٦- عن عمر بن الخطاب ﷺ قال: «العارية بمنزلة الوديعة، ولا ضمان فيها إلاّ أن يتعدّى»[4].

---

(١) انظر: المحلى (١٣٧/٧).

(٢) أخرجه ابن ماجه في سننه: كتاب الأحكام، باب الوديعة (١٣٨/٣) برقم (٢٤٠١)، وقال البوصيري في زوائد ابن ماجه (ص٣٢٦): ((هذا إسناد ضعيف، المثنى هو ابن الصباح ضعيف، والراوي عنه فيه ضعف أيضا))، وقال ابن حجر في التلخيص الحبير (٢١١/٣): «وفيه المثنى بن الصباح وهو متروك»، وحسن الألباني الحديث بمجموع طرقه كما في إرواء الغليل (٣٨٥/٥-٣٨٦).

(٣) سبق تخريجه صفحة ٥٣٨، وقد أخرجه الدارقطني والبيهقي، وضعفه أهل العلم.

(٤) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (١٧٩/٨)، وابن حزم في المحلى (١٤٥/٨)، وقال التهانوي في إعلاء السنن (٥٦/١٦): "وسند عبدالرزاق حسن".

وجه الدلالة: أن عمر بن الخطاب ﷺ بيّن أن الوديعة أمانة عند المودع عنده، لا يضمنها إلا بالتعدي.

٧- إن الناس بحاجة إلى الاستيداع، والمستودع إنما يحفظها لصاحبها متبرعا، من غير نفع يرجع إليه، فلو لزمه الضمان لامتنع الناس من قبول الودائع، وذلك مضر بالناس، لتعطل مصالحهم[١].

٨- إن المودع مؤتمن بحفظ الوديعة للمالك، فكانت يده كيده، فلا يضمن ما تلف من غير تعديه وتفريطه كالذي ذهب مع ماله[٢].

القول المختار:

القول المختار في هذه المسألة - والله تعالى أعلم بالصواب - هو القول الثاني القائل بأن الوديعة أمانة في يد المودع، فلا يضمنها إلا بالتعدي أو التفريط، سواء هلكت من بين ماله أو لم تهلك من بين ماله، وذلك للأسباب التالية:

١- قوة وصحة أدلة القول الثاني، ما عدا حديث (**ليس على المستعير غير المغل ضمان، ولا على المستودع غير المغل ضمان**)، فإنه ضعيف.

٢- أما دليل القول الأول فقد أجيب عنه بإجابة صحيحة تدفع التعارض بين الأثرين المرويين عن عمر بن الخطاب ﷺ.

٣- إن في هذا القول تيسيراً على الناس بقضاء حوائجهم في حفظ أموالهم.

المطلب الخامس

من فروع الضابط

ثمة فروع كثيرة تندرج تحت هذا الضابط الفقهي، هذه بعض منها:

---

(١) انظر: الهداية مع فتح القدير (٤٥٢/٧)، المهذب مع المجموع (٩/١٥)، المغني (٢٥٧/٩).

(٢) انظر: المهذب مع المجموع (٩/١٥)، المغني (٢٥٧/٩).

١- إذا أودع شخص دابة عند آخر، فهلكت الدابة عند المودع عنده، من غير تعدّ أو تفريط منه، فإنه لا يلزمه ضمان[١].

٢- إذا أودع شخص ثيابا لـه عند رجل، فأتلفها المودع عنده؛ وجب عليه ضمانها[٢].

٣- إذا وقعت الساعة المودعة من يد شخص قضاءً - يعني بلا تعدّ ولا تقصير - وانكسرت، لا يلزم الضمان[٣].

٤- إذا وضع المستودع الوديعة في حرز مثلها، وقفل المحل المذكور، وأعطى المفتاح إلى شخص يثق فيه، وبعد أن ذهب إلى محل آخر لم يجد الوديعة عند حضوره، فإنه لا يلزمه الضمان[٤].

٥- إذا وضع المستودع الوديعة في صندوق، ثم وضع على الصندوق إناء ماء، فتقاطر وأفسد الوديعة، لا يلزم الضمان[٥].

٦- إذا وطئ المستودع الساعة بقدمه، وانكسرت، لزمه الضمان[٦].

٧- إذا صرف المستودع النقود المودعة عنده في أمور نفسه، واستهلكها، أو دفعها لغيره وجعله يستهلكها، يضمن[٧].

---

(١) انظر: الهداية مع فتح القدير (٤٥٢/٧)، المهذب مع المجموع (٩/١٥)، الإقناع (٥/٣).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٢١٣/٦)، قوانين الأحكام الشرعية (ص٤٠٠).

(٣) درر الحكام (٢٦٩/٢).

(٤) المرجع السابق بتصرف.

(٥) المرجع السابق.

(٦) المرجع السابق بتصرف.

(٧) المرجع السابق (٢٨٩/٢).

٨- إذا ركب المستودع الحيوان المودع عنده بلا إذن، فهلك وهو ذاهب، سواء أكان بسبب سرعة السير أم بسبب آخر أم بلا سبب، أم سرق في الطريق؛ يكون المستودع ضامنا ذلك الحيوان؛ لأن ركوب المستودع الحيوان بلا إذن يعدّ تعديا[١].

٩- إذا كان المستودع عند وقوع الحريق مقتدراً على نقل الوديعة إلى محل آخر، فلم ينقلها، واحترقت، لزمه الضمان لتفريطه[٢].

١٠- إذا خلط المودع الوديعة بما لا يتميز عنه مما هو غير مماثل لها، كخلط القمح بالشعير، وجب عليه الضمان، وإن خلطها بما تنفصل عنه كذهب بفضة، لم يضمن[٣].

١١- إذا أودع المودَع الوديعةَ عند غيره بلا عذر، من غير إذن المالك، فتلفت؛ وجب على المودَع ضمانها[٤].

١٢- إذا أودع رجل مقيماً، لم يجز للمودع أن يسافر بها، فإن فعل فتلفت، ضمنها[٥].

١٣- إذا طلب الوديعة مالكها، فحبسها المودع عنده حتى تلفت - مع قدرته على تسليمها - وجب عليه ضمانها[٦].

---

(١) المرجع السابق (٢/٢٩٥). وانظر: قوانين الأحكام الشرعية (ص ٤٠٠)، روضة الطالبين (٦/٣٣٤)، الإقناع (٣/١٠).

(٢) درر الحكام (٢/٢٨٩). وانظر: مجمع الضمانات (١/٢١٢).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٦/٢١٣)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٤٠٠)، روضة الطالبين (٦/٣٣٦)، الإقناع (٣/١١).

(٤) انظر: مجمع الضمانات (١/٢١٦)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٤٠٠)، روضة الطالبين (٦/٣٢٧).

(٥) انظر: قوانين الأحكام الشرعية (ص ٤٠٠)، روضة الطالبين (٦/٣٢٨)، الإقناع (٣/١٠).

(٦) انظر: مجمع الضمانات (١/٢٢٥)، الإقناع (٣/١١).

المبحث السابع

قاعدة: من أتلف شيئاً لدفع أذاه له لم يضمنه، وإن أتلفه لدفع أذاه به ضمنه

هذه القاعدة من القواعد المهمة في باب سقوط الضمان؛ وهو أن من أتلف شيئاً لدفع أذيته عنه، لا يلزمه ضمان، وسوف تكون دراستها في المطالب الآتية:

المطلب الأول

في صيغ القاعدة

وقفت على أربع صيغ للقاعدة، اشتملت ثلاث صيغ منها على شطري القاعدة، بينما اقتصرت الصيغة الرابعة على الشطر الثاني من القاعدة، ويمكن تفصيل ذلك على النحو الآتي:

القسم الأول: الصيغ الثلاث التي اشتملت على شطري القاعدة:

١- قال عبد الرحمن بن رجب: «من أتلف شيئاً لدفع أذاه له لم يضمنه، وإن أتلفه لدفع أذاه به ضمنه»[١].

٢- قال عبدالرحمن السعدي: «من أتلف شيئاً لينتفع به ضمنه، ومن أتلفه دفعاً لمضرته فلا ضمان عليه»[٢].

٣- قال محمد العثيمين في منظومته في القواعد الفقهية:

---

(١) تقرير القواعد (١/٢٠٦)، تحفة أهل الطلب (ص٢٣).

(٢) القواعد والأصول الجامعة (ص ٦٩). وانظر: رسالة في القواعد الفقهية (ص ٣٣).

وكـــل مـــتلف فمضـــمون إذا لم يكـن الإتـلاف مـن دفـع الأذى[1]

القسم الثاني: الصيغة التي اقتصرت على الشطر الثاني من القاعدة:

١- جاء في المادة (٣٣) من مجلة الأحكام العدلية ما نصه: «الاضطرار لا يبطل حق الغير»[2].

المطلب الثاني

في المعنى الإجمالي للقاعدة

من أتلف شيئاً من الأنفس أو الأموال أو الحقوق ليدفع ضررها عنه لم يجب عليه ضمانها، وإن أتلفها ليدفع بها ما حل به من ضرر لزمه ضمانها.

المطلب الثالث

في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة

تتكون هذه القاعدة الفقهية المهمة من شقين، لكل منهما حكم يخصه، وذلك على النحو الآتي:

الشق الأول: وهو قوله: «من أتلف شيئاً لدفع أذاه له لم يضمنه»:

وقد سبق بحث هذا الشق بالتفصيل تحت قاعدة: «من أتلف نفسا لنفع يعود إلى نفسه فلا ضمان عليه، وإن كان النفع يعود إلى غيره فعليه الضمان»، وذلك في «المطلب الرابع: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة»[3].

---

(١) القواعد الفقهية (ص٦١).

(٢) انظر: شرح المجلة (ص ٣٣)، درر الحكام (١/ ٤٢)، شرح القواعد (ص ٢١٣)، المدخل الفقهي للزرقاء (٢/ ٩٩٦)، موسوعة القواعد للبورنو (٢/ ٢٠٨).

(٣) كما في صفحة ١٠٦-١٢٧.

ويمكن تلخيص ذلك بما يأتي:

أولاً: اتفق الفقهاء على أن المكلف الحر أو العبد إذا صال على إنسان فقتله المصول عليه، فإنه لا يلزمه ضمانه[1].

ثانياً: اختلف الفقهاء فيما إذا كان الصائل غير مكلف - كالصبي والمجنون والدابة، ثم قتله إنسان لكونه صال عليه - على ثلاثة أقوال، أصحها: أنه لا يلزم المصول عليه ضمانه[2].

الشق الثاني: هو قوله: «وإن أتلفه لدفع أذاه به ضمنه»:

اختلف الفقهاء فيما إذا أتلف الإنسان شيئاً لينتفع به ويدفع ما حلّ به من أذى، هل يلزمه ضمان ما أتلفه؟.

مثاله: رجل أصابه الجوع الشديد حتى خاف على نفسه الموت، ولم يجد إلا طعاماً مملوكاً لشخص، فأكل منه؛ هل يلزمه ضمانه أم لا؟ على قولين:

القول الأول: لا يجب عليه ضمان ما أتلفه، وهو قول عند المالكية[3].

---

(١) انظر: إيثار الإنصاف (ص٨٠٣)، بدائع الصنائع (٩٢/٧)، حاشية رد المحتار (٥٤٦/٦)، المعونة (١٣٦٩/٣)، الفروق للقرافي (١٨٥/٤)، منح الجليل (٣٦٨/٩)، كتاب الحدود من الحاوي (١١٠٥/٢)، فتح الباري (٢٣٢/١٢)، الإقناع (٦٠٢/٢)، المحلى (٤٤٢/٦-٤٤٣).

(٢) انظر: الإشراف للقاضي عبد الوهاب (٨٣٧/٢)، تبصرة الحكام (٢٥٠/٢)، روضة الطالبين (١٨٦/١٠)، مغني المحتاج (١٩٤/٤)، المغني (٥٣٠/١٢)، الإنصاف مع المقنع (٣٤٣/١٥-٣٤٤، ٣٧/٢٧)، المحلى (٤٤٢/٦-٤٤٣).

(٣) انظر: الإشراف للقاضي عبد الوهاب (٩٢٣/٢)، المنتقى (١٤٠/٣)، الفروق [(١٩٦/١)، (١٠/٤)]، قوانين الأحكام الشرعية (ص ١٦٨-١٦٩)، حاشية الدسوقي (١١٦/٢).

القول الثاني: يجب عليه ضمان ما أتلفه، وهو قول الحنفية[(١)] والأظهر والأشهر عند المالكية[(٢)]، وهو قول الشافعية[(٣)] والحنابلة[(٤)].

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

١- إن هذا الشيء المتلف مال جاز للمضطر إتلافه من غير إذن؛ فلم يلزمه ضمانه، أصل ذلك المباح الذي لا ملك لأحد عليه[(٥)].

نوقش هذا الدليل: «بأن المضطر إذا جاز له إتلاف مال غيره بالأكل فهو بسبب الضرورة الملحة، بخلاف الضمان فلا ضرورة على المضطر إذا ضمن، ويخالف هذا المباح الذي لا ملك لأحد عليه، بأن المباح غير مملوك، ومال الغير مملوك؛ فافترقا»[(٦)].

٢- إن دفع المال للمضطر واجب على مالكه، والواجب لا يؤخذ له عوض[(٧)].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (١٧٧/٧)، تبيين الحقائق (١٨٦/٧)، مجمع الضمانات (٣٠٥/١)، الدر المختار مع حاشية رد المحتار (٣٣٨/٦)، درر الحكام (٤٢/١-٤٣).

(٢) انظر: الإشراف للقاضي عبدالوهاب (٩٢٣/٢)، المنتقى (١٤٠/٣)، الفروق (١٩٦/١، ١٠/٤)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ١٦٨-١٦٩)، حاشية الدسوقي (١١٦/٢).

(٣) انظر: التنبيه (ص٧٤)، روضة الطالبين (٢٨٦/٣، ٢٨٩)، المنثور (٣٣١/٢)، مغني المحتاج (٣٠٨/٤).

(٤) انظر: المغني (٥٣٠/١٢)، الشرح الكبير مع الإنصاف (٣٤٨/١٥)، الفروع (٣٥٤/٣)، تقرير القواعد (٢٠٦/١)، الإنصاف مع المقنع (٢٣٢/٨)، القواعد والأصول الجامعة (ص ٦٩)، تحفة أهل الطلب (ص٢٣).

(٥) انظر: المنتقى (١٤٠/٣).

(٦) الاضطرار إلى الأطعمة (ص٦٨).

(٧) انظر: الفروق (١٩٦/١).

نوقش هذا الدليل: أن قولهم «الواجب لا يؤخذ له عوض» ليس بصحيح على إطلاقه، «ودفع الضرورة للمضطر حاصل وإن كان بعوض، فلا حاجة إلى عدم الضمان؛ لأن إباحة الشيء للاضطرار لا ينافي ضمانه، والضرر أيضا لا يزال بضرر»[1].

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

١- عن أبي بكرة ﷺ عن النبي ﷺ قال: **(إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا)**[2].

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ حرّم أكل أموال الناس بغير وجه حق؛ فإذا اضطر أحد إلى إتلاف مال غيره وجب عليه ضمانه؛ حتى لا يأخذ مال غيره بالباطل.

٢- إن المضطر أتلف مال غيره لمنفعة نفسه؛ فكانت عليه قيمته كغير المضطر؛ فإن اضطراره إنما يتعلق بإباحة أكله دون إسقاط عوضه[3].

القول المختار:

الذي يظهر - والعلم عند الله تعالى - أن القول المختار هو القول الثاني الذي يقضي بوجوب الضمان على المتلف، وذلك للأمور التالية:

١- صحة ما استدل به أصحاب القول الثاني وسلامتها من الاعتراضات.

٢- إن أصحاب القول الثاني تمسكوا بالأصل العام، وهو حرمة أموال المسلمين، ولم يأت دليل صحيح صريح يخرج هذه المسألة عن الأصل العام.

٣- ضعف أدلة القول الأول وعدم سلامتها من الاعتراضات.

---

(١) الاضطرار إلى الأطعمة (ص٦٨-٦٩).

(٢) سبق تخريجه صفحة ٨١.

(٣) المنتقى (٣/١٤٠) بتصرف. وانظر: حاشية رد المحتار (٦/٣٣٨)، الفروق (١/١٩٦).

المطلب الرابع

من فروع القاعدة

تندرج تحت هذه القاعدة المهمة فروع كثيرة، أذكر منها ما يأتي:

١- لو صال عليه حيوان آدمي أو بهيم، فدفعه عن نفسه بالقتل، لم يضمنه، ولو قتل حيوانا لغيره في مخمصة ليحيي به نفسه، ضمنه[١].

٢- لو صال عليه صيد في إحرامه فقتله دفعا عن نفسه؛ لم يضمنه، وإن اضطر فقتله في المخمصة، ليحيي به نفسه، ضمنه[٢].

٣- لو أشرفت السفينة على الغرق، فألقى متاع غيره ليخففها، ضمنه، ولو سقط عليه متاع غيره فخشي أن يهلكه، فدفعه فوقع في الماء، لم يضمنه[٣].

٤- لو وقعت بيضة نعامة من شجرة في الحرم على عين إنسان، فدفعها فانكسرت، فلا ضمان عليه، بخلاف ما لو احتاج إلى أكلها لمخمصة[٤].

٥- لو قلع شوك الحرم لأذاه لم يضمنه، ولو احتاج إلى إيقاد غصن شجرة؛ ضمنه[٥].

---

(١) تقرير القواعد (٢٠٦/١). وانظر: مجمع الضمانات (٣٠٥/١)، درر الحكام (٤٣/١)، الفروق (١٩٦/١، ١٠/٤)، المنثور (٣٣١/٢)، القواعد والأصول الجامعة (ص ٦٩).

(٢) تقرير القواعد (٢٠٧/١). وانظر: المنثور (٣٣١/٢)، المغني (٥٣٠/١٢).

(٣) تقرير القواعد (٢٠٧/١-٢٠٨). وانظر: الشرح الكبير مع المقنع (٣٤٨/١٥).

(٤) تقرير القواعد (٢٠٨/١).

(٥) ذكر هذا أبو الخطاب وغيره، وخالف صاحب المغني في جواز قطع الشوك، للنفي الوارد فيه. انظر: تقرير القواعد (٢٠٨/١).

٦- إذا أزال الأطباء شعر لحية المريض أو شعر بطنه أو صدره، لإجراء عملية جراحية، فلا ضمان عليهم[١].

٧- إذا قال الأطباء للمرأة الحامل: إن بقي الولد في بطنك متّ أنت وإياه، فأسقطته، أثمت بذلك، ووجب ضمان الجنين؛ لأنها دفعت أذاها به[٢].

٨- لو حلق المحرم رأسه لتأذيه بالقمل والوسخ؛ فداه؛ لأن الأذى من غير الشعر، ولو خرجت في عينه شعرة فقلعها أو نزل الشعر على عينيه فأزاله، لم يفده[٣].

٩- إذا استأجر شخص قارباً ساعة من الزمن، وبعد أن وصل إلى عرض البحر، انقضت مدة الإجارة، فهنا تمتد مدة الإجارة حتى يصل إلى الساحل، ويدفع المستأجر أجرة المثل للمدة الزائدة[٤].

١٠- إذا استأجر شخص مرضعة لابنه، فانقضت مدة الإجارة، وكان الطفل لا يأخذ ثدي غيرها، فتبقى الإجارة إلى أن يستغني الطفل عن هذه المرضعة، ويدفع لها أجرة المثل للمدة الزائدة[٥].

١١- لو انتهت مدة الإجارة أو العارية، والزرع بقل لم يحصد بعد؛ فإنه يبقى إلى أن يستحصد، ولكن بأجر المثل؛ لأن اضطرار المستأجر والمستعير لإبقائه لا يبطل حق المالك فتلزم الأجرة[٦].

---

(١) انظر: تقرير القواعد (١/٢٠٨ في الحاشية).

(٢) انظر: المرجع السابق (١/٢٠٧ في الحاشية)

(٣) المرجع السابق. وانظر: الفروع (٣/٣٥٤)، الإنصاف مع المقنع (٨/٢٣٢).

(٤) انظر: شرح المجلة (ص ٢٦٨)، درر الحكام (١/٤٣).

(٥) انظر: شرح المجلة (ص ٢٦٩)، شرح القواعد (ص ٢١٤).

(٦) شرح القواعد (ص ٢١٤).

المبحث الثامن

قاعدة: جناية العجماء جبار

هذه القاعدة من القواعد الفقهية المهمة المتعلقة بسقوط الضمان عن مالك البهيمة، وسوف أتناولها في المطالب الآتية:

المطلب الأول

في صيغ القاعدة

هذه القاعدة الفقهية مقتبسة من الحديث النبوي الشريف الذي جاء عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: (العجماء جرحها جبار)[(١)].

ولهذه القاعدة ثلاث صيغ، كلها من نصيب فقهاء المذهب الحنفي، وهي كما يأتي:

١- قال أبو بكر الكاساني في معرض التعليل: «فعل العجماء جبار»[(٢)].

٢- جاء في المادة (٩٤) من مجلة الأحكام العدلية ما نصه: «جناية العجماء جبار»[(٣)].

٣- جاء في المادة (٩٢٩) من مجلة الأحكام العدلية ما نصه: «الضرر الذي أحدثه الحيوان من تلقاء نفسه لا يضمنه صاحبه»[(٤)].

---

(١) سبق تخريجه صفحة ١١٤.

(٢) بدائع الصنائع (٥/ ٢٤٠).

(٣) شرح المجلة (ص ٦٠)، درر الحكام (١/ ٩٥)، شرح القواعد (ص ٤٥٧).

(٤) شرح المجلة (ص ٥٢٥)، درر الحكام (٢/ ٦٣٥).

المطلب الثاني
في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة

جناية في اللغة: - بكسر الجيم - واحدة الجنايات، وهي في الأصل أخذ الثمر من الشجر، ثم نقلت إلى إحداث الشر، ثم إلى الشر، ثم إلى فعل محرم[١].

وفي الاصطلاح: «كل فعل عدوان على نفس أو مال»[٢].

والمراد به هنا: ما يصدر عن البهيمة من إتلاف بأي وجه كان، سواء كان بجرح أو غيره[٣].

العجماء: بفتح المهملة وسكون الجيم وبالمد، تأنيث (أعجم)، وهي البهيمة، ويقال أيضا لكل حيوان غير الإنسان، ويقال لمن لا يفصح.

والمراد به هنا: البهيمة، وسميت البهيمة عجماء لأنها لا تتكلم[٤].

جبار: بضم الجيم وتخفيف الموحدة، هو الهدر الباطل الذي لا شيء فيه ولا ضمان[٥].

---

(١) انظر: المصباح المنير (ص ٤٣)، القاموس الفقهي (ص١٦٤١)، كشاف اصطلاحات الفنون (٥٩٣/١).

(٢) انظر: التعريفات (ص٧٩)، أنيس الفقهاء (ص٢٩١)، المغني (٤٤٣/١١).

(٣) انظر: فتح الباري (٢٦٩/١٢)، المدخل الفقهي للزرقاء (١٠٤٨/٢).

(٤) انظر: النهاية في غريب الحديث (١٨٧/٣)، فتح الباري (٢٦٦/١٢)، شرح القواعد (ص ٤٥٧)، المدخل الفقهي للزرقاء (١٠٤٨/٢).

(٥) انظر: النهاية في غريب الحديث (٢٣٦/١)، القاموس المحيط (ص ٤٦٠)، فتح الباري (٢٦٦/١٢)، شرح القواعد (ص ٤٥٧)، المدخل الفقهي للزرقاء (١٠٤٨/٢).

المطلب الثالث

في المعنى الإجمالي للقاعدة

إن البهيمة إذا أتلفت شيئاً أو تسببت بخسارة وضرر في مال أو نفس لأحد الناس ؛ فليس على صاحبها شيء من الضمان، ما لم ينشأ ذلك عن تعدّ منه أو تقصير[١].

المطلب الرابع

في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة

اتفق الفقهاء على أنه لا يجب على صاحب البهيمة ضمان ما أتلفته من نفس أو مال من تلقاء نفسها[٢] ؛ وذلك لما جاء عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: **(العجماء جرحها جبار، والبئر جبار، والمعدن جبار، وفي الركاز الخمس)**.

لكن يستفاد من كلام الفقهاء أن هذا الحكم مقيد بثلاثة شروط، هي كما يأتي:

---

(١) انظر: درر الحكام (١/٩٥)، شرح القواعد (ص ٤٥٧).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٧/١٦٨، ٢٧٢، ٢٧٣) اللباب للمنبجي (٢/٧٢٧) البحر الرائق (٨/٤٠٦، ٤٠٨، ٤١٣)، شرح المجلة (ص ٦٠)، درر الحكام (١/٩٥)، شرح القواعد (ص ٤٥٧)، الإشراف للقاضي عبدالوهاب (٢/٨٣٧)، الكافي لابن عبدالبر (ص ٤٣٤، ٤٣٥)، تبصرة الحكام (٢/٢٤٦)، العقد المنظم (٢/٨١)، حاشية الدسوقي (٤/٣٥٧)، اللباب للمحاملي (ص٣٨٧)، روضة الطالبين (١٠/١٩٥، ١٩٧)، فتح الباري (١٢/٢٦٩)، مغني المحتاج (٤/٢٠٤، ٢٠٦) المغني (١٢/٥٤١، ٥٤٣)، المبدع (٥/١٩٦، ١٩٨)، الإنصاف مع المقنع (١٥/٣٣٢-٣٣٣)، منار السبيل (١/٤٣٩)، المحلى (١١/٢٠٣-٢٠٤).

الشرط الأول: أن لا يكون الإتلاف ناتجا عن فعل إنسان، سواء كان سائقا أو قائدا أو راكبا أو ضاربا أو ناخسا[١] أو فاعلا للإخافة، أما إذا كان الإتلاف ناتجا عن فعل إنسان فإنه يلزمه الضمان[٢].

الشرط الثاني: أن لا يقع تفريط ممن كانت البهيمة في حوزته، سواء كان مالكها أو أجيره أو مستأجرا أو مستعيرا أو مودعا أو غاصبا؛ فإن وقع تفريط منه وجب الضمان عليه[٣].

---

(١) ناخساً: من النخس، وهو الطعن والغرز، يقال: (نخست الدابة نخسا) إذا طعنتها بعود أو غيره. انظر: النهاية في غريب الحديث (٥/٣٢-٣٣)، المصباح المنير (ص ٢٢٧)، القاموس المحيط (ص ٧٤٤).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (١٦٨/٧، ٢٧٢، ٢٧٣)، البحر الرائق (٤٠٦/٨)، شرح المجلة (ص ٦٠)، درر الحكام (١/٩٥)، شرح القواعد (ص ٤٥٧)، المدخل الفقهي للزرقاء (١٠٤٨/٢)، الإشراف للقاضي عبد الوهاب (٨٣٧/٢)، الكافي لابن عبد البر (ص ٤٣٤، ٤٣٥)، الفروق (١٨٦/٤)، تبصرة الحكام (٢/٢٤٦)، العقد المنظم (٢/٨١)، حاشية الدسوقي (٤/٣٥٧)، اللباب للمحاملي (ص٣٨٧)، روضة الطالبين (١٠/١٩٥، ١٩٧)، فتح الباري (١٢/٢٦٩)، مغني المحتاج (٤/٢٠٤، ٢٠٦) المغني (١٢/٥٤١، ٥٤٣)، المبدع (١٩٦/٥، ١٩٨)، الإنصاف مع المقنع (١٥/٣٣٢-٣٣٣)، منار السبيل (١/٤٣٩)، المحلى (١١/٢٠٣-٢٠٤).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٢٧٢/٧، ٢٧٣)، البحر الرائق (٤٠٨/٨، ٤١٣)، شرح المجلة (ص ٦٠، ٥٢٥)، درر الحكام (١/٩٥، ٦٣٥/٢، ٦٣٧)، شرح القواعد (ص ٤٥٨)، الإشراف للقاضي عبد الوهاب (٨٣٧/٢، ٨٣٨)، الكافي لابن عبد البر (ص ٤٣٤، ٤٣٥)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٣٤٥)، تبصرة الحكام (٢/٢٤٦)، العقد المنظم (٢/٨١)، حاشية الدسوقي (٤/٣٥٧)، اللباب للمحاملي (ص٣٨٧)، روضة الطالبين (١٠/١٩٦، ١٩٧)، فتح الباري (١٢/٢٦٩)، مغني المحتاج (٤/٢٠٤، ٢٠٦) المغني (١٢/٥٤٢)، المبدع (١٩٦/٥)، الإنصاف مع المقنع (١٥/٣٣١-٣٣٢، ٣٣٨)، منار السبيل (١/٤٣٩)، المحلى (١١/١٩٩، ٢٠٠).

الشرط الثالث: أن تكون جناية الماشية في النهار، فإن كانت في الليل لم تكن هدراً ووجب الضمان على صاحبها.

وهذا الشرط اختلف فيه الفقهاء على أربعة أقوال:

القول الأول: إذا أتلفت المواشي مالاً أو آدميا ليلا أو نهارا؛ فلا ضمان على صاحبها إذا لم يفرط، أما إذا حصل الإتلاف بتفريط منه فعليه الضمان. هذا مذهب الحنفية(١) والظاهرية(٢).

القول الثاني: يجب الضمان على مالك الماشية غير المنفلتة، ولا ضمان فيما أتلفته الماشية المنفلتة. هذا مروي عن عمر بن الخطاب(٣).

القول الثالث: يجب الضمان على أصحاب المواشي فيما أتلفته مطلقا ليلاً أو نهارا. وهو قول الليث بن سعد(٤).

القول الرابع: إذا أتلفت الماشية زرعاً أو غيره من الأموال نهاراً، فإن الضمان لا يجب على صاحبها، وإن أتلفته ليلاً وجب الضمان على صاحبها إلا إذا لم يحصل منه تفريط في حفظها(٥).

---

(١) انظر: الهداية مع فتح القدير (٩/٢٦٥)، اللباب للمنبجي (٢/٧٢٧)، البناية (١٢/٣٣٥)، الدر المختار مع حاشية رد المحتار (٦/٦٠٨).

(٢) انظر: المحلى (١١/١٩٨، ١٩٩).

(٣) انظر: بداية المجتهد (٢/٣٩٤)، نيل الأوطار (٥/٣٦٦).

(٤) انظر: المرجع السابق، المغني (١٢/٥٤١) المحلى (١١/١٩٨)، نيل الأوطار (٥/٣٦٦).

(٥) كما لو أحكم مالكها ربطها وأغلق الباب واحتاط حسب العادة، ففتح الباب لص أو إنهدم الجدار، فخرجت ليلا فأتلفت زرعا؛ فلا ضمان على صاحبها لعدم حصول التفريط. كما في مراجع المذاهب الثلاثة الآتية.

وهذا قول المالكية[(١)] والشافعية[(٢)] والحنابلة[(٣)].

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بأدلة من السنة والعقل، هي كما يأتي:

١- عن أبي هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: (العجماء جرحها جبار، والبئر جبار، والمعدن جبار، وفي الركاز الخمس)[(٤)].

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ بيَّن في هذا الحديث أن ما تتلفه البهائم لا يجب ضمانه، وهو حديث عام؛ فيجب العمل بعمومه، سواء كان الإتلاف ليلاً أو نهارا[(٥)].

نوقش هذا الدليل: بأن هذا الحديث عام، وما قضى به النبي ﷺ في ناقة البراء بن عازب ﷺ بأن على أهل الحوائط حفظها بالنهار، وأن ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها[(٦)] حكم خاص، والخاص يقضي على العام.

---

(١) وقد خصوا الضمان بإتلاف الزرع والحوائط دون بقية الأموال والدماء، وقيل: بل هو يختص بجميع الأموال دون الدماء. انظر: الكافي لابن عبدالبر (ص ٤٣٤-٤٣٥)، جامع الأمهات (ص٥٢٥)، الفروق (٤/١٨٥-١٨٦)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٣٤٥)، العقد المنظم (٢/٨١)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٤/٣٥٧-٣٥٨)، منح الجليل (٩/٣٦٩-٣٧٠).

(٢) انظر: اللباب للمحاملي (ص٣٨٧)، روضة الطالبين (١٠/١٩٥)، فتح الباري (١٢/٢٦٩)، مغني المحتاج (٤/٢٠٦-٢٠٧).

(٣) الصحيح من مذهب الحنابلة: أن جميع ما أتلفته البهيمة من الأموال ليلاً مضمون على مالكها، وفي رواية: أنه خاص بالزرع والشجر، وقيل: خاص بالزرع فقط. انظر: المغني (١٢/٥٤١)، المبدع (٥/١٩٩)، الإنصاف مع المقنع (١٥/٣٣٧-٣٤١)، منار السبيل (١/٤٣٩).

(٤) تقدم تخريجه صفحة ١١٤.

(٥) انظر: اللباب للمنبجي (٢/٧٢٧).

(٦) سبق تخريجه صفحة ٧٢.

٢- إنّ فعل البهيمة وإتلافها غير مضاف لمالكها ؛ لعدم ما يوجب النسبة إليه من الإرسال والسوق والقود والركوب[١].

٣- إن سائر أسباب الضمان لا يختلف الحكم فيها بالليل والنهار، فلما اتفق الجميع على نفي إيجاب الضمان نهاراً، وجب أن يكون حكمها ليلاً كذلك[٢].

نوقش هذان الدليلان: بأنهما عقليان ؛ لا يجوز أن يعارض بهما حديث البراء بن عازب رضي الله عنه.

دليل القول الثاني:

إن البهيمة غير المنفلتة يمكن حفظها، فإذا أتلفت شيئاً كان ذلك بتفريط من مالكها، فوجب عليه الضمان، أما المنفلتة فإنه لا يملك السيطرة عليها ولا يقدر على حفظها، فلم يجب عليه ضمان ما تتلفه، لعدم حصول التفريط منه[٣].

نوقش: بأن حديث البراء بن عازب - رضي الله عنه - عام، ولم يفرق بين المنفلتة وغيرها.

دليل القول الثالث:

إن إرسال البهيمة يُعَدّ تعدّياً من مالكها، والقاعدة أن المتعدي ضامن[٤].

نوقش هذا الدليل بما يأتي:

أولاً: إن هذا الدليل مخالف للحديث العام، وهو قوله ﷺ: (العجماء جرحها جبار)، وهو كذلك مخالف للحديث الخاص، وهو حديث ناقة البراء ابن عازب رضي الله عنه[٥].

---

(١) انظر: الهداية مع فتح القدير (٩/٢٦٥-٢٦٦).

(٢) انظر: اللباب للمنبجي (٢/٧٢٧).

(٣) انظر: بداية المجتهد (٢/٣٩٤).

(٤) انظر: المرجع السابق.

(٥) انظر: نيل الأوطار (٥/٣٦٦).

ثانياً: إن إرسال المالك بهيمته للرعي في النهار لا يعدّ تعدّيا، وإنما التعدي إرسالها في الليل.

أدلة القول الرابع:

استدل أصحاب هذا القول بأدلة من الكتاب والسنة والعقل، هي كما يأتي:

١- قال الله تعالى: ﴿ وَدَاوُۥدَ وَسُلَيۡمَٰنَ إِذۡ يَحۡكُمَانِ فِي ٱلۡحَرۡثِ إِذۡ نَفَشَتۡ فِيهِ غَنَمُ ٱلۡقَوۡمِ وَكُنَّا لِحُكۡمِهِمۡ شَٰهِدِينَ ۝٧٨ فَفَهَّمۡنَٰهَا سُلَيۡمَٰنَۚ وَكُلًّا ءَاتَيۡنَا حُكۡمٗا وَعِلۡمٗاۚ وَسَخَّرۡنَا مَعَ دَاوُۥدَ ٱلۡجِبَالَ يُسَبِّحۡنَ وَٱلطَّيۡرَۚ وَكُنَّا فَٰعِلِينَ ﴾[1].

وجه الدلالة: أن داود عليه السلام قضى بتسليم الغنم لأصحاب الزرع مقابل زرعهم، وقضى سليمان عليه السلام بدفع الغنم لأصحاب الزرع يستفيدون من درها ونسلها وخراجها حتى ينبت زرع آخر، والنفش أن تنتشر الغنم بالليل ترعى بلا راع[2].

نوقش هذا الدليل: بأن هذه الآية منسوخة بحديث أبي هريرة السابق مرفوعا: **(العجماء جرحها جبار)**[3].

أجيب عنه: بأن النسخ لا يثبت بالاحتمال مع الجهل بالتاريخ، لا سيما وأنه لا يوجد تعارض - ولله الحمد - بين الآية والحديثين إذا قلنا بأن ما أتلفته البهيمة بالنهار، لا يضمنه مالكها، وما أتلفته بالليل ضمنه.

---

(١) سورة الأنبياء، الآيتان [٧٨-٧٩].

(٢) انظر: بداية المجتهد (٢/٣٩٤)، الجامع لأحكام القرآن (١١/٢٠٣-٢٠٤)، الفروق (٤/١٨٦-١٨٧)، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٢٠/٣٠٦)، نيل الأوطار (٥/٣٦٦).

(٣) انظر: اللباب للمنبجي (٢/٧٢٧، ٧٢٨).

٢- ما روي أن ناقة للبراء بن عازب -ﷺ- دخلت حائطا فأفسدت فيه؛ فقضى رسول الله ﷺ أن على أهل الحوائط حفظها بالنهار، وأن ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها[١].

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ ألزم أصحاب المواشي بضمان ما أتلفته مواشيهم من الزرع ليلاً، لا نهاراً.

نوقش هذا الحديث: بأنه حديث مرسل، لا يحتج به[٢].

أجيب عنه بما يأتي:

أولاً: إنه «وإن كان مرسلاً فهو حديث مشهور أرسله الأئمة، وحدَّث به الثقات، واستعمله فقهاء الحجاز، وتلقوه بالقبول، وجرى في المدينة به العمل»[٣].

ثانياً: إن هذا الحديث - كما أنه روي مرسلا - فقد روي موصولا أيضا، وصححه الأئمة[٤].

٣- «إن العادة أن من أهل المواشي إرسالها في النهار للرعي، وحفظها ليلاً، وعادة أهل الحوائط حفظها نهارا دون الليل؛ فإذا ذهبت ليلاً كان التفريط من أهلها بتركهم حفظها في وقت عادة الحفظ، وإن أتلفت نهاراً كان التفريط من أهل الزرع، فكان عليهم، وقد فرَّق النبي ﷺ بينهما، وقضى على كل إنسان بالحفظ في وقت عادته»[٥].

---

(١) سبق تخريجه صفحة ٧٢.

(٢) انظر: اللباب للمنبجي (٢/٧٢٧-٧٢٨)، المحلى (١١/١٩٩).

(٣) انظر: التمهيد (١١/٩٢).

(٤) انظر: التلخيص الحبير (٤/١٦٢)، إرواء الغليل (٥/٣٦٢).

(٥) المغني (١٢/٥٤١-٥٤٢). وانظر: روضة الطالبين (١٠/١٩٥-١٩٦).

القول المختار:

وبعد هذا الاستعراض لأقوال الفقهاء وأدلتهم في هذه المسألة، يظهر لي - والعلم عند الله تعالى - أن القول المختار هو القول الرابع، قول جمهور العلماء الذي يقضي بضمان ما أتلفته البهائم ليلاً لا نهاراً، وذلك للأسباب التالية:

١- صحة أدلة هذا القول وقوتها.

٢- إن هذا القول يجمع بين كل النصوص الشرعية التي في المسألة.

٣- إن هذا القول فيه مراعاة لمصلحة الناس وأعرافهم.

المطلب الخامس

من فروع القاعدة

هناك فروع كثيرة تندرج تحت هذه القاعدة المهمة، أذكر منها ما يأتي:

١- إذا راثت البهيمة أو بالت في الطريق، وهي تسير، فعطب به إنسان، لم يضمن صاحبها شيئاً، وكذلك إذا أوقفها لذلك؛ لأن بعض الدواب لا يفعل ذلك إلاّ بعد الوقوف[1].

٢- إذا خرج اللعاب من فم الدابة، وهي تسير، أو سال عرقها، فأصاب إنساناً أو أفسد شيئاً، لم يضمن الراكب[2].

٣- إذا أوقف دابته في الفلاة؛ فإنه لا يضمن ما وطئت دابته برجلها أو كدمت بفمها أو نفحت بذنبها[3].

---

(١) انظر: مجمع الضمانات (١/٤١٧)، روضة الطالبين (١٠/١٩٨).

(٢) مجمع الضمانات (١/٤١٧-٤١٨) بتصرف.

(٣) انظر: مجمع الضمانات (١/٤١٨).

٤- لو أوقف دابته على الطريق، ولم يشدها، فسارت عن ذلك المكان، وأتلفت شيئاً، لا يضمن ؛ لأنه لم يمكنها من ذلك، فصارت بمنزلة دابة منفلتة[١].

٥- إذا أوقف دابة في سوق الدواب، لا ضمان على صاحبها[٢].

٦- لو سقط حائط مائل، قد أشهد عليه، فنفرت منه دابة، فقتلت إنساناً، لا يضمن صاحب الدابة[٣].

٧- لو ربط شخصان فرسيهما في مكان معدّ لذلك، فأتلف فرس أحدهما فرس الآخر، فليس من ضمان على صاحب الحيوان الْمُتلِف[٤].

٨- إذا انفلت ثور شخص، وأكل حنطة رجل، فلا ضمان على صاحب الثور[٥].

٩- لو دخل أحد إلى دار آخر بإذنه، فعض كلب عقور أو دابة مؤذية ذلك الشخص، أو أتلفت ماله ؛ فلا يلزم صاحب الدار ضمان[٦].

١٠- لو وطأ بعير لأحد، وهو في المرعى، بعيراً لآخر، وأهلكه بدون أن يكون لصاحبه في ذلك صنع، فلا يلزم صاحب البعير الأول ضمان[٧].

١١- لا يترتب على صاحب الهرة ضمان، فيما لو أتلفت طيرا لإنسان[٨].

---

(١) انظر: مجمع الضمانات (١/ ٤١٩).
(٢) المرجع السابق.
(٣) المرجع السابق (١/ ٤٢١) بتصرف.
(٤) درر الحكام (١/ ٩٥). وانظر: (٢/ ٦٣٦)، العقد المنظم (٢/ ٨١).
(٥) انظر: شرح المجلة (ص ٥٢٥).
(٦) درر الحكام (٢/ ٦٣٥) بتصرف.
(٧) المرجع السابق (٢/ ٦٣٦) بتصرف. وانظر: العقد المنظم (٢/ ٨١).
(٨) درر الحكام (١/ ٩٥). وانظر: روضة الطالبين (١٠/ ١٩٩-٢٠٠).

١٢- لو وضع أحد خلايا نحله في أطراف بستان لآخر، فاقترب فرس صاحب البستان من الخلايا، فخرج النحل منها، وأهلكه، فلا يلزم صاحب النحل ضمان[١].

١٣- إذا أتلفت البهيمة زرعاً أو غيره نهارا، لم يجب الضمان على مالكها[٢].

١٤- لو ربط شخص بهيمته، وأغلق بابه، واحتاط على العادة، ففتح الباب لص، أو انهدم جدار، فخرجت ليلاً، فأفسدت مالاً؛ فلا ضمان على صاحبها[٣].

١٥- إذا أرسل الحمام أو غيرها من الطير، فكسرت شيئاً، أو التقطت حبّاً، فلا ضمان؛ لأن العادة إرسالها[٤].

١٦- إذا أفسدت البهيمة أمتعة أو ثيابا، في النهار؛ لا يجب الضمان على صاحبها[٥].

١٧- إذا كان على الدابة حطب، فخرق ثوب آدمي بصير عاقل مستقبل للدابة، لم يجب ضمانه على مالك الدابة[٦].

---

(١) درر الحكام (٢/٦٣٦).

(٢) انظر: الكافي لابن عبد البر (ص ٤٣٤-٤٣٥)، روضة الطالبين (١٠/١٩٥)، المغني (١٢/٥٤١).

(٣) روضة الطالبين (١٠/١٩٦) بتصرف.

(٤) المرجع السابق (١٠/١٩٧). وانظر: المغني (١٢/٥٤٣).

(٥) العقد المنظم (٢/٨١).

(٦) انظر: روضة الطالبين (١٠/١٩٩)، الإنصاف مع المقنع (١٥/٣٤٢).

المبحث التاسع

قاعدة: من لم يجن لا يطالب بجناية من جنى

تبين لنا هذه القاعدة المهمة أن من أتلف مضموناً، كان ضمانه عليه، ولا يتحمله أحد غيره، وقد جعلت دراستها في المطالب الآتية:

المطلب الأول

في صيغ القاعدة

وردت صيغ كثيرة لهذه القاعدة الجليلة، أذكرها مرتبة على النحو الآتي:

أولاً: المذهب الحنفي:

١- قال أبو بكر السرخسي: «ضمان الإتلاف يجب على المتلف دون غيره، بمنزلة غرامات الأموال»[١].

٢- وقال أيضا: «لا يكون الإنسان ضامنا لفعل الغير»[٢].

٣- وقال أيضا: «من لم يجن فهو أبعد من المؤاخذة من الجاني المعذور»[٣].

٤- قال أبو بكر الكاساني: «الأصل في ضمان الجناية أنه يجب على الجاني»[٤].

٥- جاء في تعليلات الحنفية ما نصه: «الأصل اختصاص الجاني بالغرم»[٥].

---

(١) المبسوط (٢٦/٦٥).

(٢) المرجع السابق (١٩/١٧٢). وانظر: (١١/١١٨).

(٣) المرجع السابق (٢٧/١٢٦).

(٤) بدائع الصنائع (٧/٢٥٩).

(٥) الذخيرة (١٢/٣٨٤).

ثانياً: المذهب المالكي:

١- قال أبو عمر ابن عبدالبر: «لا يلزم الجاني إلا جنايته، لا جناية غيره»[١].

٢- وقال أيضا: «الأصل ألا يحمل أحد جناية غيره»[٢].

٣- وقال أيضا: «لا يضمن إلا جان أو متعدّ»[٣].

٤- قال أبو الوليد ابن رشد الجد: «لا يحمل أحد جناية أحد»[٤].

٥- قال أبو بكر ابن العربي: «لا يؤخذ أحد بجرم أحد»[٥].

ثالثاً: المذهب الشافعي:

١- قال أبو عبدالله ابن الوكيل: «من جنى جناية فهو المطالب بها، ولا يطالب بها غيره»[٦].

٢- قال عبد الوهاب السبكي: «من لا مدخل له في الجناية لا يطالب بجناية جانيها»[٧].

٣- وقال أيضا: «من لم يجن لا يطالب بجناية من جنى»[٨].

---

(١) الاستذكار (٢٥/١٠٩).

(٢) المرجع السابق (٢٥/١٨٣).

(٣) التمهيد (٢٥/١٨٣).

(٤) المقدمات الممهدات (٣/٢٩٠).

(٥) أحكام القرآن لابن العربي (٢/٧٧٤).

(٦) الأشباه والنظائر لابن الوكيل (٢/٤٣٨).

(٧) الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/٣٩٢).

(٨) المرجع السابق (١/٢٩٤).

٤- قال بدر الدين الزركشي: «لا يحمل أحد جناية غيره»[١].

٥- قال أبو بكر الحصني: «كل من جنى جناية فهو المطالب، ولا يطالب بها غيره»[٢].

٦- قال جلال الدين السيوطي: «كل من جنى جناية فهو المطالب بها، ولا يطالب بها غيره»[٣].

رابعاً: المذهب الحنبلي:

١- قال أبو محمد ابن قدامة: «الإنسان إنما يؤاخذ بفعله لا بفعل غيره»[٤].

٢- قال شيخ الإسلام ابن تيمية: «لا عقوبة على جناية غيره»[٥].

٣- وقال أيضا: «من أتلف مضمونا كان ضمانه عليه»[٦].

٤- قال ابن قيم الجوزية: «لا تؤخذ نفس بجريرة غيرها»[٧].

خامساً: المذهب الظاهري:

- قال أبو محمد ابن حزم: «لا يجني أحد على أحد، ولا تجني نفس على أخرى»[٨].

---

(١) المنثور (٣/٣٦٠).

(٢) القواعد للحصني (٤/٢٣٦).

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٤٨٧).

(٤) المغني (١١/٤٩٨-٤٩٩). وانظر: (١٣/٢٦١).

(٥) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٢٨/٣٢٤).

(٦) المرجع السابق (٢٠/٥٥٢)، إعلام الموقعين (٢/١٦).

(٧) إعلام الموقعين (٢/١٦).

(٨) المحلى (١١/٢٦٠).

المطلب الثاني

في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة

يجني: من الجناية، وقد سبق تعريفها لغة واصطلاحا[١].

والمراد بها هنا: «كل فعل عدوان على نفس أو مال»[٢].

لا يطالب: أي لا يتحمل ولا يضمن.

المطلب الثالث

في المعنى الإجمالي للقاعدة

لا يتحمل الضمان من لم يقع منه التعدي أو التفريط، وإنما يتحمله من وقع منه ذلك.

المطلب الرابع

في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة

اتفق الفقهاء[٣] على أن من أتلف نفسا أو مالاً، وجب ضمانه على المتلف، ولا يتحمله أحد غيره.

---

(١) كما في صفحة ٦٤٠.

(٢) انظر: التعريفات (ص٧٩)، أنيس الفقهاء (ص٢٩١)، المغني (١١/٤٤٣).

(٣) انظر: أحكام القرآن للجصاص (٢/٢٢٤)، المبسوط (٢٧/١٢٦)، بدائع الصنائع (٦/٢٠١) و(٧/٢٥٩)، الهداية مع فتح القدير (٩/٣٣٧، ٣٣٩)، درر الحكام (٢/٦٠٤-٦٠٥، ٦٧٠، ٦٧١)، الكافي لابن عبد البر (ص ٥٩٥)، المقدمات الممهدات (٣/٢٩٠-٢٩١)، أحكام القرآن لابن العربي (٢/٧٧٤)، بداية المجتهد (٢/٥٠٤)، الجامع لأحكام القرآن (٥/٢٠٣)، الذخيرة (١٢/٣٤٦، ٣٨٤)، روضة الطالبين (٩/٢٥٦)، الأشباه والنظائر لابن الوكيل (٢/٤٣٨)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/٢٩٤، ٣٩٢)، المنثور (٣/٣٦٠)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٤٨٧)، المغني (١٢/١٣)، الشرح الكبير مع المقنع (٢٥/٣١٠-٣١١)، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٢٠/٥٥٢، ٢٨/٣٢٤)، إعلام الموقعين (٢/١٦)، المبدع (٩/٢٢)، المحلى (١١/٢٦٠).

واستدلوا على ذلك بالكتاب والسنة والمعقول، وذلك على النحو الآتي:

١ - قال الله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ۚ لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا ٱكْتَسَبَتْ﴾(١).

٢ - وقال جل ذكره: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا ۚ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾(٢).

٣ - وقال سبحانه وتعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ۚ وَإِن تَدْعُ مُثْقَلَةٌ إِلَىٰ حِمْلِهَا لَا يُحْمَلْ مِنْهُ شَيْءٌ وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ﴾(٣).

٤ - وقال جل وعز: ﴿مَن يَعْمَلْ سُوٓءًا يُجْزَ بِهِۦ﴾(٤).

٥ - وقال عز من قائل: ﴿كُلُّ نَفْسٍۭ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾(٥).

وجه الدلالة من الآيات الكريمات: دلت هذه الآيات الكريمات على أن كل إنسان يتحمل ما يترتب على فعله وتقصيره؛ فمن أتلف شيئاً وجب عليه ضمانه، ولا يتحمله أحد غيره.

٦ - عن أبي رمثة(٦) رضي الله عنه قال: انطلقت مع أبي نحو النبي ﷺ، ثم إن رسول الله ﷺ قال لأبي: (ابنك هذا؟) قال إي ورب الكعبة، قال: (حقاً؟) قال: أشهد

---

(١) سورة البقرة، الآية [٢٨٦].

(٢) سورة الأنعام، الآية [١٦٤]. وانظر: سورة الزمر، الآية [٧]، وسورة النجم، الآيات [٣٨-٣٩].

(٣) سورة فاطر، الآية [١٨].

(٤) سورة النساء، الآية [١٢٣].

(٥) سورة المدثر، الآية [٣٨].

(٦) هو الصحابي الجليل أبو رمثة البلوي، ويقال: التميمي، ويقال: التيمي، قيل: اسمه رفاعة بن يثربي، وقيل: يثربي بن رفاعة، وقيل غير ذلك، روى عن النبي ﷺ، وروى عنه إياد بن لقيط وثابت بن أبي منقذ.
انظر: تهذيب الكمال (٣٣/٣١٦-٣١٧)، الإصابة (٧/٦٨).

به، قال: فبتسم رسول الله ﷺ ضاحكاً من ثبت شبهي في أبي، ومن حلف أبي عليّ، ثم قال: (أما إنه لا يجني عليك ولا تجني عليه، وقرأ رسول الله ﷺ: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾[1])[2].

٧- عن عمرو بن الأحوص ﷺ قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول في حجة الوداع: (ألا لا يجني جان إلاّ على نفسه، لا يجني والد على ولده، ولا مولود على والده)[3].

٨- عن أسامة بن شريك ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: (لا تجني نفس على أخرى).

وجه الدلالة من هذه الأحاديث الثلاثة: بيّن النبي ﷺ في هذه الأحاديث أنه لا يتحمل أحد عن أحد شيئاً، ولو كان أقرب قريب كابنه أو أبيه، وأن كل إنسان يتحمل خطأ نفسه.

٩- إن موجب الجناية أثر فعل الجاني، فيجب أن يختص بضررها، كما يختص بنفعها؛ فإنه لو كسب كان كسبه له دون غيره[4].

---

(١) سورة الأنعام، الآية [١٦٤].

(٢) أخرجه أبو داود في سننه: كتاب الترجل، باب في الخضاب (٤/٤١٧) برقم (٤٢٠٨)، وفي كتاب الديات، باب لا يؤخذ أحد بجريرة أخيه أو أبيه (٤/٦٣٥-٦٣٦) برقم (٤٤٩٥)، واللفظ له، والنسائي في سننه: كتاب القسامة، باب هل يؤخذ أحد بجريرة غيره (٨/٤٢٣) برقم (٤٨٤٧)، والحاكم في المستدرك (٢/٤٦١)، وقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه، وصححه الألباني في إرواء الغليل (٧/٣٣٢-٣٣٣).

(٣) تقدم تخريجه صفحة ٤٠٧.

(٤) المغني (١٢/١٣).

المطلب الخامس

من فروع القاعدة

هناك فروع فقهية كثيرة تندرج تحت هذه القاعدة الجليلة، أذكر منها ما يأتي:

١- إذا أتلف صبي - سواء أكان مميزا أم غير مميز - مالا لآخر، صبيا كان أم بالغا، بلا أمر من الآخر، أو أحدث فيه نقصانا، لزم الضمان من ماله، ولا يضمنه وليه[١].

٢- لو بال صبي من فوق السطح، فأفسد ثوبا لآخر، لزم الضمان من ماله، وإذا لم يكن لذلك الصبي مال ينتظر حال يسره، ولا يضمن وليه - أبوه أو وصيه مثلاً - من ماله، ولا يجبر أحد على تأدية مال الغير[٢].

٣- إذا رمى شخص حجراً في الطريق، فكسر زجاج دار رجل آخر؛ فالضمان على الكاسر، ولا يطالب أخوه بضمانه لكونه لم يمنعه[٣].

٤- أجمع أهل العلم على أن دية العمد تجب في مال القاتل، لا تحملها العاقلة[٤].

٥- لا يجب على صاحب البهيمة ضمان ما أتلفته من نفس أو مال - نهارا - من تلقاء نفسها[٥].

---

(١) انظر: درر الحكام (٢/٦٠٤، ٦٧٠-٦٧١).

(٢) انظر: المرجع السابق (٢/٦٠٤).

(٣) انظر: المرجع السابق (٢/٦٠٥).

(٤) المغني (١٢/١٣).

(٥) انظر: اللباب للمنبجي (٢/٧٢٧)، الكافي لابن عبد البر (ص ٤٣٤، ٤٣٥)، روضة الطالبين (١٠/١٩٥، ١٩٧)، المغني (١٢/٥٤١، ٥٤٣).

٦- لا يجب على صاحب البناء ضمان ما تلف بسبب سقوطه، إلا إذا كان نتيجة تقصير في تحاشي ذلك، بأن بناه واهنا، أو أغفل نقضه أو إصلاحه[١].

٧- إذا كسر الخادم آنية للجيران، فإنه يضمنها، ولا يتحملها مخدومه عنه.

٨- إذا استأجر رجل سائقا للسيارة، فدهس السائق بالسيارة دابة إنسان، فهلكت؛ وجب ضمانها على السائق، ولا يتحملها الرجل الذي يعمل عنده السائق.

المطلب السادس
من مستثنيات القاعدة

ذكر العلماء ثلاثة فروع فقهية مستثناة عن القاعدة، منها -وهو الفرع الأول- ما هو مجمع على استثنائه، ومنها -وهو الفرع الثاني والثالث- ما هو مختلف فيه وخاضع لاجتهاد العلماء؛ فمنهم من يستثنيه، ومنهم من لا يستثنيه، وإليك بيان ذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول:

تحمل عاقلة[٢] الجاني الدية عنه في قتل الخطأ بالإجماع[٣]، وفي قتل شبه

---

(١) انظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣٥٦/٤)، الضمان في الفقه الإسلامي (٥٧/١-٥٨).

(٢) العاقلة: مأخوذة من العقل، والعين والقاف واللام أصل يدل على حبسه في الشيء، ويطلق العقل على الدية؛ لأن الإبل تجمع وتعقل بفناء أولياء المقتول، ومنه سميت الجماعة الذين يؤدونها عاقلة؛ لأنهم يؤدون العقل، أي الدية. انظر: معجم مقاييس اللغة (٧٠/٤)، تهذيب الأسماء واللغات (٣٣/٢/٣)، المطلع (ص٣٦٨).

(٣) انظر: الإجماع لابن المنذر (ص١٧٢)، المغني (٢١/١٢).

العمد عند بعض العلماء[1].

ولهذا الاستثناء أدلة من السنة والإجماع، أكتفي منها بذكر هذين الدليلين:

١- عن أبي هريرة ﷺ قال: اقتتلت امرأتان من هذيل، فرمت إحداهما الأخرى بحجر، فقتلتها وما في بطنها، فاختصموا إلى رسول الله ﷺ، فقضى رسول الله ﷺ أن دية جنينها غرّة: عبد أو وليدة، وقضى بدية المرأة على عاقلتها، وورثها ولدها ومن معهم[2].

٢- قال أبو بكر ابن المنذر: «وأجمع أهل العلم أن دية الخطأ تحمله العاقلة»[3].

وقال أبو محمد ابن قدامة: «ولا نعلم بين أهل العلم خلافا في أن دية الخطأ على العاقلة.. وأجمع أهل العلم على القول به»[4].

---

(١) ذهب الحنفية والشافعية ورواية عن أحمد إلى أن العاقلة تحمل دية شبه العمد، بينما ذهب أحمد في رواية إلى أنها لا تحمله وهو مقتضى مذهب المالكية.

انظر: بدائع الصنائع (٢٥٥/٧)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٣٦١، ٣٦٥)، روضة الطالبين (٣٤٨/٩)، الأشباه والنظائر لابن الوكيل (٤٣٩/٢)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (٣٩٢/١-٣٩٣، ٢٩٤)، المنثور (٢٤٥/١، ٣٦٠/٣)، القواعد للحصني (٢٣٦/٤)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٤٨٧)، المغني (١٥/١٢-١٦)، إعلام الموقعين (١٦/٢-١٧).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب الديات، باب جنين المرأة وأن العقل على الوالد وعصبة الوالد لا على الولد (٢٧٥/٤-٢٧٦) برقم (٦٩٠٩ و ٦٩١٠)، ومسلم في صحيحه: كتاب القسامة، باب دية الجنين ووجوب الدية في قتل الخطأ وشبه العمد على عاقلة الجاني (١٣٠٩/٣) برقم (١٦٨١).

(٣) الإجماع لابن المنذر (ص١٧٢).

(٤) المغني (٢١/١٢).

وقد وضَّح أبو عبد الله ابن قيم الجوزية الحكمة من هذا الاستثناء؛ في كلام له طويل، رأيت نقله بطوله لما فيه من الفائدة، حيث يقول رحمه الله: «والعقل فارق غيره من الحقوق في أسباب اقتضت اختصاصه بالحكم، وذلك أن دية المقتول مال كثير، والعاقلة إنما تحمل الخطأ، ولا تحمل العمد بالاتفاق، ولا شبهه على الصحيح، والخطأ يُعذر فيه الإنسان، فإيجاب الدية في ماله فيه ضرر عظيم عليه من غير ذنب تعمده، وإهدار دم المقتول من غير ضمان بالكلية فيه إضرار بأولاده وورثته، فلا بد من إيجاب بدله، فكان من محاسن الشريعة وقيامها بمصالح العباد أنْ أوجب بدله على من عليه موالاة القاتل ونصرته، فأوجب عليهم إعانته على ذلك، وهذا كإيجاب النفقات على الأقارب وكسوتهم، وكذا مسكنهم وإعفافهم إذا طلبوا النكاح، وكإيجاب فكاك الأسير من بلد العدوّ، فإن هذا أسيف بالدية التي لم يتعمد سبب وجوبها ولا وجبت باختيار مستحقها كالقرض والبيع، وليست قليلة، فالقاتل في الغالب لا يقدر على حملها، وهذا بخلاف العمد؛ فإن الجاني ظالم مستحق للعقوبة ليس أهلا أن يحمل عنه بدل القتل، وبخلاف شبه العمد؛ لأنه قاصد للجناية متعمد لها فهو آثم معتد، وبخلاف بدل المتلف من الأموال، فإنه قليل في الغالب لا يكاد المتلف يعجز عن حمله، وشأن النفوس غير شأن الأموال، ولهذا لا تحمل العاقلة ما دون الثلث عند الإمام أحمد ومالك؛ لقلته واحتمال الجاني حمله، وعند أبي حنيفة لا تحمل ما دون أقل المقدر كأرش الموضحة وتحمل ما فوقه، وعند الشافعي تحمل القليل والكثير طردا للقياس، وظهر بهذا كونها لا تحمل العبد، فإنه سلعة من السلع ومال من الأموال، فلو حملت بدله لحملت بدل الحيوان والمتاع...

فتبين أن إيجاب الدية على العاقلة من جنس ما أوجبه الشارع من الإحسان إلى المحتاجين كأبناء السبيل والفقراء والمساكين.

وهذا من تمام الحكمة التي بها قيام مصلحة العالم؛ فإن الله سبحانه قسم خلقه إلى غني وفقير، ولا تتم مصالحهم إلا بسدّ خَلّة الفقير؛ فأوجب سبحانه في فضول أموال الأغنياء ما يسد به خلة الفقراء، وحرم الربا الذي يضر بالمحتاج؛ فكان أمره بالصدقة ونهيه عن الربا أخوين شقيقين؛ ولهذا جمع الله بينهما في قوله: ﴿يَمْحَقُ ٱللَّهُ ٱلرِّبَوٰاْ وَيُرْبِى ٱلصَّدَقَٰتِ﴾[1] وقوله: ﴿وَمَآ ءَاتَيْتُم مِّن رِّبًا لِّيَرْبُوَاْ فِىٓ أَمْوَٰلِ ٱلنَّاسِ فَلَا يَرْبُواْ عِندَ ٱللَّهِ وَمَآ ءَاتَيْتُم مِّن زَكَوٰةٍ تُرِيدُونَ وَجْهَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْمُضْعِفُونَ﴾[2] وذكر الله سبحانه أحكام الناس في الأموال في آخر سورة البقرة، وهي ثلاثة: عدل، وظلم، وفضل، فالعدل البيع، والظلم الربا، والفضل الصدقة، فمدح المتصدقين وذكر ثوابهم، وذم المرابين وذكر عقابهم، وأباح البيع والتداين إلى أجل مسمى.

والمقصود أن حمل الدية من جنس ما أوجبه من الحقوق لبعض العباد على بعض، كحق المملوك والزوجة والأقارب والضيف، ليست من باب عقوبة الإنسان بجناية غيره، فهذا لون وذاك لون، والله الموفق»[3].

---

(١) سورة البقرة، الآية [٢٧٦].

(٢) سورة الروم، الآية [٣٩].

(٣) إعلام الموقعين (٢/١٧-١٨). وانظر: أحكام القرآن للجصاص (٢/٢٢٤)، الجامع لأحكام القرآن (٥/٢٠٣)، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٢٠/٥٥٢-٥٥٤)، المحلى (١١/٢٦٠-٢٦١).

الفرع الثاني:

إذا قتل الصبي المحرم صيداً، أو ارتكب موجب كفارة، فالفدية في مال الولي عند بعض العلماء[١].

الفرع الثالث:

إذا حلق الحلاق رأس المحرم، والمحلوق نائم أو مغمى عليه أو مكره، ففيه قولان:

الأول: أن الفدية على الحالق.

والثاني: أن الفدية على المحلوق؛ لأنه المرتفق به، وعلى هذا القول فقد طولب بجناية ما لا مدخل له فيها[٢].

---

(١) انظر: المعونة (١/٥٩٦)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢/٤)، الحاوي (٤/٢١١)، الأشباه والنظائر لابن الوكيل (٢/٤٣٩)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/٣٩٣)، القواعد للحصني (٤/٢٣٦)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٤٨٧)، الفروع (٣/٢١٨-٢١٩)، المبدع (٣/٨٨).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/٣٩٣).

الفصل الثاني

القواعد المتعلقة بسقوط الضمان لمانع

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: قاعدة: الأجر والضمان لا يجتمعان.

المبحث الثاني: قاعدة: لا يتوالى ضمان عقدين في شيء واحد.

المبحث الثالث: قاعدة: كل ما لا يضمن من المتلفات المأخوذة بإشهاد، لا يضمن إذا أخذ بغير إشهاد.

المبحث الأول

قاعدة: الأجر والضمان لا يجتمعان

«هذه القاعدة حنفية النسب، لا يتبناها جمهور المذاهب الفقهية الأخرى، وهي عند الحنفية تتصل اتصالا وثيقا بنظريتهم المشهورة في عدم ضمان الغاصب منافع المغصوب»[(١)]، وستكون دراستها - بمشيئة الله تعالى - في المطالب الآتية:

المطلب الأول

في صيغ القاعدة

هذه القاعدة حنفية النسب والمذهب؛ لذا فإن جميع صيغها من نصيب فقهاء المذهب الحنفي، وذلك على النحو الآتي:

١ - قال محمد بن الحسن[(٢)]: «لا يجتمع الأجر والضمان»[(٣)]، وذكرها أبوبكر السرخسي بهذا اللفظ[(٤)].

---

(١) المدخل الفقهي للزرقاء (٢/١٠٣٦).

(٢) هو العالم الفقيه أبو عبد الله محمد بن الحسن الشيباني، صاحب أبي حنيفة وشيخ المذهب الحنفي، ولد سنة ١٣٢، وتتلمذ على عدة شيوخ، منهم - غير أبي حنيفة - مالك والأوزاعي، ومن تلاميذه: الشافعي والجوزجاني وغيرهما، له مؤلفات منها: الجامع الكبير والجامع الصغير والسير والكبير والسير الصغير، توفي سنة ١٨٩هـ.

انظر: الجواهر المضية (٢/٥٢-٥٣)، تاج التراجم (ص٢٣٧)، الفوائد البهية (ص١٦٣).

(٣) الأصل (٣/٤٥).

(٤) المبسوط (١٦/١٧).

٢- قال أبوبكر السرخسي: «الأجر والضمان لا يجتمعان»[١]، وذكرها أبو بكر الكاساني بهذا اللفظ[٢]، كما نصت عليها بهذا اللفظ أيضا مجلة الأحكام العدلية في المادة (٨٦)[٣].

٣- وقال أيضا: «الأجر مع الضمان لا يجتمعان»[٤]، وذكرها أبو بكر الكاساني بهذا اللفظ[٥].

٤- وقال أيضا: «الضمان والأجر لا يجتمعان»[٦].

المطلب الثاني

في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة

الأجر لغة: الجزاء على العمل، كالإجارة، مثلثة، وجمعه: أجور، وفرق بعضهم بين الأجر والإجارة، فالأجر: هو الثواب الذي يكون من الله عزّ وجلّ للعبد على العمل الصالح، والإجارة: هي جزاء عمل الإنسان لصاحبه[٧].

وعلى القول بالتفريق بينهما، فإن المراد بالأجر في القاعدة هو معنى الإجارة.

---

(١) المرجع السابق (١٠/٢٠٧، ١٥/١٤٧، ١٦٨).

(٢) بدائع الصنائع (٦/١٤٧).

(٣) شرح المجلة (ص ٥٧)، درر الحكام (١/٨٩)، شرح القواعد (ص ٤٣١)، المدخل الفقهي للزرقاء (٢/١٠٣٦).

(٤) المبسوط (١١/٢٧).

(٥) بدائع الصنائع (٤/٢١٣).

(٦) المبسوط (١٥/١٦٦).

(٧) انظر: المصباح المنير (ص ٢)، القاموس المحيط (ص ٤٣٦).

وفي اصطلاح الفقهاء هو: «العوض الذي يدفعه المستأجر للمؤجر في مقابلة المنفعة التي يأخذها منه»[١].

الضمان: سبق تعريفه في اللغة والاصطلاح[٢].

والمراد به هنا: «الالتزام بقيمة العين المنتفع بها، سواءً أهلكت العين أم سلمت».

يقول الشيخ مصطفى الزرقا: «ليس المراد بالضمان في هذه القاعدة الضمان المتحقق الواقع فعلاً: أي بأن تهلك العين فيلتزم الشخص بقيمتها، بل المراد به في النظر الحنفي كون الشخص عرضة لضمان العين، وذلك بأن يكون بحالة يعتبر فيها هو المسؤول عن قيمة العين إن هلكت، سواء أوقع الهلاك فعلا أم لم يقع: أي أن يكون في حالة تحمل التبعة»[٣].

المطلب الثالث
في المعنى الإجمالي للقاعدة

إن الأجرة الواجبة لقاء منفعة لا تجب، ويسقط التزامها إذا كان هناك التزام بضمان قيمة العين فيما لو هلكت، سواء أوقع الهلاك فعلا أم لا[٤].

مثال ذلك: «لو استأجر شخص دابة مثلا ليركبها إلى مكان معين، فذهب بها رأسا إلى مكان آخر، يعتبر متعديا في حكم الغاصب، ويخرج عن صفة

---

(١) حاشية الدسوقي (٤/٢). وانظر: شرح القواعد (ص٤٣١)، مغني المحتاج (٢/٣٣٢)، منتهى الإرادات (١/٣٣٩).

(٢) كما في صفحة ٥٣-٦١.

(٣) المدخل الفقهي للزرقاء (٢/١٠٣٦-١٠٣٧). وانظر: شرح القواعد (ص ٤٣١، ٤٣٣).

(٤) نظرية الضمان للزحيلي (ص ٢١٧).

الأمين التي هي الصفة الأصلية شرعا للمستأجر، فإذا هلكت الدابة عنده قبل ردها إلى مالكها؛ يضمن قيمتها ولا أجر عليه؛ لأن الأجر والضمان لا يجتمعان.

وكذا إذا لم تهلك، فردها سليمة ولو بعد شهور لا أجر عليه أيضا؛ لأنه كان في حالة مسؤولية بضمانها لو هلكت عنده»[(١)].

المطلب الرابع
في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة

اختلف الفقهاء في صحة هذه القاعدة - وهي عدم اجتماع الأجر والضمان إذا اتحد السبب والمحل - على قولين:

القول الأول: لا يجتمع الأجر والضمان. وهذا هو مذهب الحنفية[(٢)]، ووافقهم المالكية في بعض الفروع[(٣)].

---

(١) المدخل الفقهي للزرقاء (١٠٣٦/٢).

(٢) انظر: الأصل (٤٥/٣)، مختصر اختلاف العلماء (١١٦/٤-١١٧)، المبسوط (٢٠٧/١٠، ٢٧/١١، ١٤٧/١٥، ١٦٦، ١٦٨، ١٧/١٦)، بدائع الصنائع (٢١٣/٤، ٢١٥، ١٤٧/٦)، البناية (٣١٣/٩-٣١٤، ٣١٦)، شرح المجلة (ص ٥٧)، درر الحكام (٨٩/١)، شرح القواعد (ص ٤٣١).

(٣) لا يقول المالكية بهذه القاعدة، وإنما عملوا بها في بعض الفروع الفقهية، كما لو اكترى رجل دابة بعينها إلى موضع معلوم، فتعدى بها إلى أبعد من تلك المسافة أو أشق، وجاوز ما اتفقا عليه؛ فإن رب الدابة - عند المالكية - مخير في أن يأخذ من المتعدي المكتري الكراء المسمى، وله كراء مثله فيما تعدى فيه، ويرجع إليه الدابة بعطبها أو سلامتها، وبين أن يأخذ الكراء إلى الموضع الذي سماه، ويُضَمِّنه الدابة في الموضع الذي تعدى فيه، وسواء سلمت أم عطبت.
انظر: الموطأ (٧٢٣/٢-٧٢٤)، المدونة (٤٧٨/٤)، الإشراف (٦٥٥/٢)، المعونة (١٠٩٧/٢-١٠٩٨)، الكافي لابن عبد البر (ص ٣٧١-٣٧٢، ٤٠٧)، المنتقى (٢٦٤/٥-٢٦٦)، بداية المجتهد (٢٧٨/٢)، جامع الأمهات (ص٤٣٨)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٢٨١)، مختصر خليل (ص٢٤٨)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٤٢/٤).

وقد اشترط الحنفية للعمل بهذه القاعدة أن يتحد السبب والمحل في الأجر والضمان[1]، فأما إذا اختلفا فلا مانع من اجتماع الأجر والضمان، كما لو استأجر دابة على أن يركبها بنفسه إلى محل معين، فركبها بنفسه، ولكنه أردف معه من يتمسك بنفسه، وبعد وصوله إلى ذلك المحل هلكت الدابة؛ فإنه يلزمه الأجر، ويضمن نصف قيمة الدابة، أما لزوم الأجر فلأنه ركب بنفسه واستوفى المنفعة المعقود عليها، وأما ضمان نصف القيمة فلأنه تعدى بأن أركب معه من يستمسك بنفسه، فكان الأجر لسبب والضمان لسبب آخر[2].

ويعبر الشيخ مصطفى الزرقا عن هذا الشرط بقوله: «على أن الحنفية يقيدون هذه القاعدة بأن لا يكون الأجر قد استقر على الشخص قبل صيرورته في حالة ضمان للعين، فإذا كان الأجر المسمى قد استقر عليه قبلا، كما لو استوفى المنفعة المعقود عليها أولاً، ثم تجاوز حتى صار متعديا في حكم الغاصب، فإنه - وإن أصبح متحملا لتبعة هلاك المأجور - يلزمه الأجر عندهم إذا لم يهلك.

أما إذا هلك المأجور بعد التعدي قبل الرد إلى المالك، فإنه يضمنه ولا أجر عليه عندئذ على كل حال، لاندماج ضمان المنافع في ضمان الأصل»[3].

---

(١) انظر: شرح المجلة (ص ٥٧-٥٨)، درر الحكام (١/٨٩-٩٠)، شرح القواعد (ص ٤٣١).

(٢) انظر: المراجع السابقة.

(٣) المدخل الفقهي للزرقاء (٢/١٠٣٧-١٠٣٨). وانظر: شرح القواعد (ص٤٣٢)، ونظرية الضمان للزحيلي (ص ٢١٧).

القول الثاني: أن الأجر والضمان يجتمعان. وهو مذهب جمهور الفقهاء من المالكية[١] والشافعية[٢] والحنابلة[٣].

أدلة القول الأول:

بنى الحنفية قاعدتهم هذه على نظريتهم المشهورة في «أن الغاصب لا يضمن قيمة منافع المغصوب عن مدة الغصب، بل يضمن العين فقط إذا هلكت أو تعيبت؛ لأن المنافع عندهم ليست متقومة في ذاتها، وإنما تتقوم بعقد الإجارة، ولا عقد في الغصب»[٤].

وقالوا في تعليلهم لقاعدة «الأجر والضمان لا يجتمعان»: «لأن الضمان إنما يكون بسبب التعدي، والتعدي على مال الغير غصب له أو كالغصب، ومنافع

---

(١) وذلك كما في مسألة: إذا استأجر رجل أرضا، ليزرع فيها حنطة، فزرع فيها نباتا أشد ضررا من الحنطة؛ فإن المالكية قالوا: لرب الأرض كراء الحنطة وقيمة الإضرار بالزيادة، فجمعوا هنا بين الأجر والضمان.
وكذلك: إذا استغل الغاصب العين المغصوبة وانتفع بها، ثم تلفت؛ وجب عليه ضمانها ودفع أجرة انتفاعه بها على المشهور من مذهب المالكية.
انظر: التفريع (٢/١٨٩)، التلقين (ص٤٣٩)، المعونة (٢/١٠٩٨، ١٢١٧)، الكافي لابن عبد البر (ص ٣٧٢)، المنتقى (٥/٢٦٦)، جامع الأمهات (ص٤١٢).

(٢) انظر: الأم (٤/٣٩)، التهذيب للبغوي (٤/٤٥٢-٤٥٣)، روضة الطالبين (٥/٢٣٣-٢٣٥)، مغني المحتاج (٢/٣٥٣-٣٥٤).

(٣) انظر: المغني (٨/٧٧-٨٠)، الشرح الكبير مع المقنع (١٤/٤١١)، الفروع (٤/٤٤٧)، المبدع (٥/٩٥-٩٦)، الإنصاف مع المقنع (١٤/٤١٠-٤١١، ٤١٧).

(٤) المدخل الفقهي للزرقاء (٢/٩٢٧). وانظر: المبسوط (١١/٢٧)، رؤوس المسائل (ص٣٥١)، إيثار الإنصاف (ص٤٩٠)، الدر المختار مع حاشية رد المحتار (٦/١٨٦).

المغصوب غير مضمونة ؛ لأن المنافع معدومة، وعند وجودها فهي أعراض غير باقية، وإنما تقوم - أي المنافع - بعقد الإجارة على خلاف القياس، لمكان الحاجة الضرورية إليها، وعقد الإجارة لا يبقى مع صيرورة المستأجر ضامنا، بل يرتفع ؛ إذ لا يمكن اعتباره مستأجرا أمينا وغاصبا ضمينا في آن واحد، لتنافي الحالتين»[(١)].

وأضاف بعضهم: «بأن المضمونات تملك على أصل أصحابنا، وذا يمنع وجوب الأجرة عليه»[(٢)].

ويمكن أن يجاب عن هذا:

بأن هذه القاعدة - «الأجر والضمان لا يجتمعان» - ضعيفة ؛ وذلك لضعف ما بُنيت عليه، وهي قولهم: بأن منافع المغصوب لا تضمن ؛ إذ الصحيح أن المنافع أموال بذاتها، وذلك للأمور التالية:

١- إن الشارع الحكيم حكم بكون المنفعة مالا متقوما، عندما جعلها مقابلة بالمال في عقد الإجارة، والإجارة - كما هو معلوم - عقد على المنفعة، كما أجاز الشارع الحكيم أن تكون المنفعة مهرا في عقد النكاح، وقد جعل الله المهر من الأموال، كما في قوله تعالى: ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَٰفِحِينَ ﴾[(٣)].

---

(١) شرح القواعد (ص ٤٣١). وانظر: بدائع الصنائع (٤/ ٢١٣)، الهداية مع فتح القدير (٨/ ٣٣)، المغني (٨/ ٧٨).

(٢) بدائع الصنائع (٤/ ٢١٣).

(٣) سورة النساء، الآية [٢٤].

٢- إن جعل المنافع من الأموال هو المتفق مع عرف الناس، والمتسق مع أغراضهم ومعاملاتهم، فهم لا يبتغون الأعيان إلا طلباً لمنافعها، ولأجلها يستعيضونها بالنفيس من أموالهم، وما لا منفعة له لا رغبة فيه ولا طلب له، وإذا طلب عُدّ طالبه من الحمقى والسفهاء، وربما حجر عليه؛ ولذا كان في المنافع مجال واسع لمعاملاتهم المالية، وليس أدلّ على ذلك من إقامة الفنادق والأسواق ودور السكنى، وإنشاء السكك الحديدية والبواخر، وما إلى ذلك مما هو معدّ للاستغلال بالاستعاضة عن منافعه.

٣- إن في إهدار المنافع وعدم اعتبارها أموالا تضييعاً لحقوق الناس، وتشجيعا للظلمة في الاعتداء على منافع الأعيان التي يملكها غيرهم، وفي ذلك من الظلم والفساد ما يناقض مقاصد الشريعة السمحة(١).

أدلة القول الثاني:

لم يتكلم جمهور الفقهاء على هذه القاعدة؛ لا باعتبار ولا بنقد، وإنما تبين لي أنهم لا يقولون بها من خلال الفروع الفقهية؛ حيث لم يعملوا القاعدة فيها؛ لذلك فليس بغريب أن لا أجد لهم دليلاً في عدم إعمالهم للقاعدة؛ لأنهم لم يتكلموا عليها أصلاً، ولأن لكل فرع فقهي دليلاً يخصه.

لكن يمكن الاستدلال لهم - على عدم اعتبارهم لها - بأنه لا يوجد مانع من إيجاب الأجر والضمان على شخص واحد؛ وذلك لأن الجهة منفكة، فالأجر

---

(١) انظر: الإشراف للقاضي عبد الوهاب (٦٢٩/٢)، جامع الأمهات (ص ٤١٢)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٣٤٢)، حاشية الدسوقي (٤٤٢/٣)، الوجيز (٢١٤/١)، روضة الطالبين (١٣/٥، ١٤)، المنثور (١٩٧/٣، ٢٢٢)، المبدع (١٨٥/٥، ١٨٦)، كشاف القناع (١١١/٤)، المحلى (٤٣٦/٦)، أحكام المعاملات الشرعية (ص٣٠-٣١).

بسبب الانتفاع بالعين، سواء أكانت للمدة المذكورة في العقد أم للمدة الزائدة عن مدة العقد، ووجوب الضمان لأجل هلاك العين أو نقصها، ولكل منهما حكم يخصه.

كما يمكن أن يستدل لهم بأنهم يرون أن المنافع أموال بذاتها، وقد تقدم بيان ذلك - قريبا - في الجواب على أدلة الحنفية. والله تعالى أعلم بالصواب.

القول المختار:

بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم في هذه القاعدة، يتبين لي - والعلم عند الله تعالى - أن هذه القاعدة ضعيفة، وأنه لا مانع من اجتماع الأجر والضمان، وذلك للأمور التالية:

أولاً: إن هذه القاعدة مبنية على عدم ضمان المنافع، وقد تبين لنا ضعف هذا القول والرد عليه.

ثانياً: صحة ما استدل به لأصحاب القول الثاني، وهو عدم وجود مانع من اجتماع الأجر والضمان، لانفكاك الجهة فيهما.

ثالثاً: يقول الشيخ مصطفى الزرقا في نقده لهذه القاعدة ما نصه: «يتضح من هذه التعريفات وأمثالها أنه ليس المراد بالضمان في هذه القاعدة الضمان المتحقق الواقع فعلا: أي بأن تهلك العين فيلتزم الشخص بقيمتها، بل المراد به في النظر الحنفي كون الشخص عرضة لضمان العين، وذلك بأن يكون بحالة يعتبر فيها هو المسؤول عن قيمة العين إن هلكت، سواء أوقع الهلاك فعلا أم لم يقع: أي أن يكون في حالة تحمل التبعة.

وهذا في منتهى الغرابة كما ترى، فهو تفريع نظري محض لم ينظر فيه إلى مصلحة التطبيق، فهو يفسح للناس مجال الاحتيال للانتفاع بأموال الغير بلا

بدل ؛ فيعقدون الإجارة على غير المنفعة التي يريدون، ثم يخالفون إلى الانتفاع بما يريدون دون التزام بعوض ولا يبالون بضمان المأجور عند الهلاك ؛ لأنه نادر.

ولو أن فقهاء الحنفية خصصوا القاعدة بحالة وقوع الضمان وتحققه، كما إذا هلكت الدابة مثلا في هذه الحال والتزم المستأجر بقيمتها لكان لها وجه ؛ إذ يقال إن ضمان الأصل تندمج فيه المنافع مع أن ذلك أيضا غير قوي»[١].

المطلب الخامس

من فروع القاعدة

ذكر فقهاء الحنفية فروعا فقهية كثيرة تندرج تحت هذه القاعدة، يتعلق أغلبها باستئجار الدواب ومخالفة المستأجر للشروط، أكتفي منها بذكر الفروع التالية:

١- إذا استأجر دابة ليحمل عليها شعيراً، كيلاً معلوماً، فحمل عليها براً مثل كيله، فعليه قيمة الدابة إن هلكت، ولا أجر عليه ؛ لأن الحنطة أثقل من الشعير[٢].

٢- إذا استأجر دابة إلى محل معين، فليس للمستأجر أن يذهب بتلك الدابة إلى محل آخر، فإن ذهب وتلفت الدابة، ضمن، وليس عليه أجر، سواء أسلمت أم هلكت[٣].

---

(١) المدخل الفقهي للزرقاء (١٠٣٦/٢-١٠٣٧). وانظر: نظرية الضمان للزحيلي (ص ٢١٨، ٢١٩).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٢١٣/٤)، الفتاوى الهندية (٤٩٠/٤)، مجمع الضمانات (٧٢/١)، المعونة (١٠٩٧/٢).

(٣) انظر: الفتاوى البزازية (٧٨/٥)، المعونة (١٠٩٧/٢-١٠٩٨)، الكافي لابن عبد البر (ص ٣٧١).

٣- إذا استأجر حمارا ليركبه هو، فأركب غيره، فعطب الحمار، ضمن ولا أجر[1].

٤- إذا استأجر دابة ليحمل عليها عشرة مكاييل، فحمل خمسة عشر، وجاء بها سليمة، فهلكت قبل أن يردها إلى صاحبها، فهذه إن كانت تطيق ذلك كان عليه ثلث القيمة وكمال الأجر، وإن كانت لا تطيق ضمن جميع القيمة ولا يجب الأجر[2].

٥- إذا استأجر أرضاً، ليزرع فيها حنطة، فزرع فيها نباتا أشد ضررا من الحنطة، وجب عليه ضمان نقصان الأرض، ولا يجب عليه الأجر؛ لأنه لما خالف صار غاصباً، واستوفى المنفعة بالغصب، ولا تجب الأجرة به، وإنما يجب بالاستيفاء بعقد الإجارة، وهما لا يجتمعان، لاستحالة أن يكون الشيء الواحد مأذوناً فيه وغير مأذون فيه، ولهذا لا يجتمع الضمان والأجرة[3].

٦- إذا استأجر دابة ليحمل عليها حنطة، فحمل عليها حطبا أو خشبا أو حديدا أو حجارة أو نحو ذلك مما يكون أنكى لظهر الدابة أو أعقر له حتى عطبت، فإنه يضمن كل القيمة ولا أجر عليه[4].

٧- إذا استأجر دابة ليركبها فحمل عليها، أو استأجرها ليحمل عليها فركبها، حتى عطبت، ضمن ولا أجر عليه[5].

---

(١) انظر: الفتاوى البزازية (٥/٧٨)، مجمع الضمانات (١/٧٢).

(٢) انظر: مجمع الضمانات (١/٧٦، ٧٠-٧١)، المنتقى (٥/٢٦٦).

(٣) انظر: الهداية مع فتح القدير (٨/٣٣)، تبيين الحقائق (٥/١٢٠).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (٤/٢١٤).

(٥) انظر: المرجع السابق، درر الحكام (١/٨٩).

٨- إذا استأجر دابة ليركبها إلى موضع كذا، وركبها في المصر في حوائجه، ولم يذهب إلى ذلك المكان، فإنه يكون مخالفاً ضامناً، ولا أجر عليه(١).

٩- إذا غصب شخص حيوانا، واستعمله؛ فبما أنه لو تلف بيده يكون ضامنا، فإذا رده لصاحبه لا تلزمه أجرة على استعماله إياه(٢).

١٠- لو غصب رجل بعير آخر، واستعمله حتى هزل، وطرأ على قيمته نقصان، فإنه يضمن لصاحبه نقصان قيمته، ولا أجر عليه؛ لأن الأجر والضمان لا يجتمعان(٣).

١١- لو استعمل أحد مالا بدون إذن صاحبه، فهو من قبيل الغصب، لا يلزمه كراء منافعه، أعني أجر المثل؛ لأنه لو هلك لهلك في ضمانه، فلا تلزمه أجرة(٤).

---

(١) مجمع الضمانات (١/ ٨٠).

(٢) درر الحكام (١/ ٨٩).

(٣) انظر: شرح المجلة للأتاسي (١/ ٢٤٣).

(٤) انظر: المرجع السابق.

المبحث الثاني

قاعدة: لا يتوالى ضمان عقدين في شيء واحد

تتعلق هذه القاعدة بتوالي الضمانين في عقدين ورد أحدهما على الآخر، وستكون دراستها من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول

في صيغ القاعدة

هذه القاعدة شافعية المذهب، ولم تحظ عندهم إلا بصيغة واحدة، كما أنها لم تحظ بصيغ لدى المذاهب الفقهية الأخرى.

ذكرها أبو القاسم الرافعي بصيغة: «لا يتوالى ضمان عقدين في شيء واحد»(١).

ثم تبعه بالصيغة نفسها كل من: عبد الوهاب السبكي(٢)، وبدر الدين ابن الملقن(٣).

المطلب الثاني

في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة

لا يتوالى: يتوالى: من الوَلْي، وهو القرب والدنو والمطر بعد المطر، وتوالى: أي تتابع، يقال: توالت الأخبار، إذا تتابعت(٤)، فالمراد من قولهم (لا يتوالى): أي لا يتتابع ولا يتوارد.

---

(١) العزيز (٤/٢٩٤).

(٢) الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/٣٠٠).

(٣) الأشباه والنظائر لابن الملقن (٢/١٩٢).

(٤) انظر: المصباح المنير (ص ٢٥٨)، القاموس المحيط (ص ١٧٣٢).

ضمان: سبق تعريفه في اللغة والاصطلاح[١].

والمراد به هنا: ضمان أحد المتعاقدين العين المعقود عليها للعاقد الثاني.

عقدين: مثنى عقد، وقد تقدم تعريفه لغة واصطلاحاً[٢]، وهو في الاصطلاح: «ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يظهر أثره في محله»[٣].

في شيء واحد: أي في عين واحدة، وهي المعقود عليها.

المطلب الثالث

في المعنى الإجمالي للقاعدة

لا يورد عقد يفيد الضمان، على عقد آخر يفيد الضمان أيضا، قبل لزومه واستقراره، لما يؤدي إليه من صيرورة الشخص الواحد مطالِباً ومطالَباً في عين واحدة، فتكون العين المعقود عليها مضمونة في حالة واحدة لاثنين[٤].

مثاله: إذا باع المشتري السلعة قبل قبضها، فلو قدرنا نفوذ بيعه قبل القبض؛ لكان المبيع مضمونا قبل القبض على البائع الأول للمشتري، ثم يكون مضمونا على المشتري الأول للمشتري الثاني، فتكون السلعة الواحدة مضمونة له وعليه في عقدين. وهذا مستحيل[٥].

وكما هو مفهوم من نص القاعدة فإنه يشترط لإعمالها أن يرد عقد مفيد للضمان على عقد مفيد للضمان، فأما إذا ورد عقد مفيد للضمان على عقد

---

(١) كما في صفحة ٥٣-٦١.

(٢) كما في صفحة ٦٤.

(٣) المدخل الفقهي للزرقاء (١/ ٢٤٥). وانظر: حاشية رد المحتار (٣/ ٩)، المنثور (٢/ ٣٩٧).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/ ٣٠١)، الأشباه والنظائر لابن الملقن (٢/ ١٩٢).

(٥) انظر: المرجعين السابقين. والعزيز (٤/ ٢٩٤).

أمانة، فإن القاعدة لا تعمل، كما لو ورد عقد بيع على عقد وديعة، بأن يبيع مالك العين المودعة - وهي في يد المودع - قبل قبضها، فهذا يجوز، وكذلك يجوز بيع جميع الأمانات قبل قبضها كمال الشركة والقراض والمال في يد الوكيل والمستأجر"[١].

المطلب الرابع

في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة

هذه القاعدة شافعية المذهب[٢]، لم أجد من قال بها من الفقهاء غيرهم[٣]، وقد ذكروها في معرض التعليل لمنع بيع المبيع قبل قبضه.

وعللوا لهذه القاعدة بأنّ توالي الضمانين يؤدي إلى أن يصير الشخص الواحد مطالِباً ومطالَباً في شيء واحد، وهذا مستحيل[٤].

وقد وجّه جماعة من الفقهاء انتقادات على القاعدة، أسوقها كما يأتي:

أولاً: إن المراد بضمان البائع للبيع هو أنه لو تلف المبيع انفسخ البيع وسقط الثمن، فلم لا يجوز أن يصح البيع؟ ثم لو تلف عند البائع ينفسخ البيعان،

---

(١) انظر: المجموع (٩/٣٢٠)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/٣٠٢).

(٢) انظر: العزيز (٤/٢٩٤)، المجموع (٩/٣٢١)، الغاية القصوى (١/٤٨٦)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/٣٠٠)، الأشباه والنظائر لابن الملقن (٢/١٩٢)، مغني المحتاج (٢/٦٩).

(٣) يفهم من كلام شيخ الإسلام ابن تيمية أن الحنفية والشافعية وأحمد في رواية يقولون بالقاعدة، أما مالك وأحمد في المشهور عنه فإنهم يرونها مأخذا ضعيفا ؛ لأنه لا محذور في التوالي. انظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٢٩/٥٠٩).

(٤) انظر: المجموع (٩/٣٢١)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/٣٠١)، الأشباه والنظائر لابن الملقن (٢/١٩٢).

ويسقط الثمنان، وتبين أنه هلك على ملك من هلك في يده[١].

ثانياً: قال أبو عبدالله ابن قيم الجوزية في نقد هذه القاعدة ما نصه: «إنه لا محذور في توالي الضمانين، وليس بوصف مستلزم لمفسدة يحرم العقد لأجلها، وأين الشاهد من أصول الشرع لتأثير هذا الوصف؟ وأي حكم علق الشرع فساده على توالي الضمانين؟ وما كان من الأوصاف هكذا فهو طردي لا تأثير له.

وأيضا فالمبيع إذا تلف قبل التمكن من قبضه كان على البائع أداء الثمن الذي قبضه من المشتري، فإذا كان هذا المشتري قد باعه فعليه أداء الثمن الذي قبضه من المشتري الثاني، فالواجب بضمان هذا غير الواجب بضمان الآخر، فلا محذور في ذلك.

وشاهده: المنافع في الإجارة والثمرة قبل القطع؛ فإنه قد ثبت بالسنة الصحيحة[٢] التي لا معارض لها: وضع الثمن عن المشتري إذا أصابتها جائحة، ومع هذا يجوز التصرف فيها، ولو تلفت لصارت مضمونة عليه بالثمن الذي أخذه، كما هي مضمونة له بالثمن الذي دفعه»[٣].

---

(١) انظر: العزيز (٢٩٤/٤)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (٣٠٠/١-٣٠١)، الأشباه والنظائر لابن الملقن (١٩٢/٢)، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٥٠٩/٢٩)، تهذيب السنن (١١٥/٥، ١١٦-١١٧).

(٢) كما جاء من حديث جابر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: (**لو بعت من أخيك ثمرا، فأصابته جائحة، فلا يحلّ لك أن تأخذ منه شيئاً؛ بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟**). رواه مسلم، وقد سبق تخريجه صفحة ٢٢١.

(٣) تهذيب السنن (١١٦/٥-١١٧). وانظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٥٠٩/٢٩).

وقال قبل ذلك ما نصه: «وتوالي الضمانين ليس بعلة مؤثرة، ولا تنافي بين كون العين الواحدة مضمونة له من وجه، وعليه من وجه آخر، فهي مضمونة له وعليه باعتبارين. وأي محذور في هذا؟ كمنافع الإجارة؛ فإن المستأجر له أن يؤجر ما استأجره، فتكون المنفعة مضمونة له وعليه، وكالثمار بعد بدوّ صلاحها، له أن يبيعها على الشجر، وإن أصابتها جائحة رجع على البائع، فهي مضمونة له وعليه، ونظائره كثيرة»[1].

وبعد هذا، فالذي يظهر - والعلم عند الله تعالى - ضعف هذه القاعدة، ولكن ضعفها لا يعني جواز بيع المبيع قبل قبضه، فهذه مسألة وتلك مسألة أخرى.

وقد جاءت النصوص الكثيرة من السنة النبوية بالمنع من بيع المبيع قبل قبضه، وأكتفي منها بذكر حديثين:

أولهما: عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: (من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه) وفي لفظ: (حتى يكتاله). قال ابن عباس: وأحسب كل شيء بمنزلة الطعام[2].

والثاني: عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال: ابتعت زيتاً في السوق، فلما استوجبته لنفسي لقيني رجل فأعطاني به ربحا حسنا، فأردت أن أضرب على يده، فأخذ رجل من خلفي بذراعي، فالتفتّ فإذا زيد بن ثابت، فقال: لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزه إلى رحلك، فإن رسول الله ﷺ نهى أن تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم[3].

---

(١) تهذيب السنن (١١٥/٥). وانظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٥٠٩/٢٩).

(٢) سبق تخريجه صفحة ٢٦١.

(٣) سبق تخريجه صفحة ٢٦٣.

ثم إن «علة النهي عن البيع قبل القبض ليست توالي الضمانين، بل عجز المشتري عن تسليمه؛ لأن البائع قد يسلمه وقد لا يسلمه، لا سيما إذا رأى المشتري قد ربح، فيسعى في رد البيع إما بجحد أو باحتيال في الفسخ»[١].

المطلب الخامس

من فروع القاعدة

هذه بعض الفروع الفقهية المندرجة تحت القاعدة، أذكرها كما يأتي:

١- لا يجوز بيع المبيع قبل قبضه، عقارا كان أم منقولا؛ لئلا يتوالى الضمانان[٢].

٢- لا يصح بيع المسلم فيه أو الاستبدال عنه قبل قبضه، لا لمن هو في ذمته ولا لغيره؛ حتى لا يتوالى الضمانان[٣].

٣- لا يجوز بيع الأجرة قبل قبضها؛ لئلا يتوالى الضمانان[٤].

٤- لا يصح بيع العوض المصالح عليه عن المال قبل قبضه، حتى لا يتوالى الضمانان[٥].

---

(١) الاختيارات الفقهية (ص ١٢٧).

(٢) انظر: العزيز (٤/٢٩٣-٢٩٤)، المجموع (٩/٣٢١)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/٣٠٠)، الأشباه والنظائر لابن الملقن (٢/١٩٢)، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٢٩/٥٠٦-٥٠٧، ٥٠٩)، تهذيب السنن (٥/١١٤-١١٥).

(٣) انظر: العزيز (٤/٤٢٥)، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٢٩/٥٠٣، ٥٠٦-٥٠٧، ٥٠٩)، تهذيب السنن (٥/١١١-١١٣).

(٤) انظر: العزيز (٤/٢٩٨)، المجموع (٩/٣٢١)، روضة الطالبين (٣/٥١١).

(٥) انظر: المراجع السابقة.

المبحث الثالث

قاعدة: كل ما لا يضمن من المتلفات المأخوذة بإشهاد لا يضمن إذا أخذ بغير إشهاد

يمكن أن يقال بأن هذه القاعدة من القواعد الفقهية المندرجة تحت القاعدة الكلية: «الأمانة غير مضمونة»[١]. وتبين لنا هذه القاعدة بأن الإشهاد ليس له تأثير في سقوط الضمان، وقد جعلت دراستها في المطالب التالية:

المطلب الأول

في صيغ القاعدة

هذه القاعدة مبنية على قول المالكية - بل الجمهور كما سيأتي - بعدم اشتراط الإشهاد في اللقطة[٢]، لسقوط ضمانها عن الملتقط إذا تلفت في يده من غير تعدّ منه أو تفريط.

وقد صاغها الدكتور محمد الروكي في كتابه "قواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب المالكي"[٣]

---

(١) وقد تقدمت دراستها صفحة ٥٩٢.

(٢) اللقطة لغة - بضم اللام وفتح القاف -: اسم للمال الضائع من ربه يأخذه غيره، والالتقاط: أن يعثر على الشيء من غير قصد وطلب. وفي اصطلاح الفقهاء: «ما وجد في موضع غير مملوك من مال أو مختص ضائع من مالكه بسقوط أو غفلة ونحوهما لغير حربي، ليس بمحرز ولا ممتنع بقوته، ولا يعرف الواجد مالكه».

انظر: النهاية في غريب الحديث (٤/٢٦٤)، القاموس المحيط (ص ٨٨٥)، شرح العناية مع فتح القدير (٥/٣٤٩)، شرح حدود ابن عرفة (٢/٥٦٢)، مغني المحتاج (٢/٤٠٦)، الإقناع (٣/٤١).

(٣) (ص ٢٣٥).

بقوله: «كل ما لا يضمن من المتلفات المأخوذة بإشهاد لا يضمن إذا أخذ بغير إشهاد»، مستنبطا لها من تعليل القاضي عبد الوهاب المالكي لهذه المسألة، حيث قال: «ولأن كل ما تلف وقد أخذ بإشهاد لم يضمنه، فإذا تلف وقد أخذ بغير إشهاد لم يضمنه؛ أصله الوديعة»[1].

ويمكن أن تصاغ هذه القاعدة بصيغة أوجز فيقال: «لا أثر للإشهاد في سقوط الضمان». والله تعالى أعلم.

المطلب الثاني

في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة

إشهاد: مأخوذة من الشهادة، والشهادة لغة: تطلق على الحضور والمعاينة والعلم والإدراك والإخبار بالشيء[2].

وتطلق الشهادة في اصطلاح الفقهاء على: «إخبار بحق للغير على آخر عن يقين»[3].

المطلب الثالث

في المعنى الإجمالي للقاعدة

إن الأمانات - كالوديعة ومال القراض واللقطة وغيرها - إذا تلفت من غير تعدّ ولا تفريط ممن هي في يده، فإن الضمان لا يجب، سواء أشهد عليها حين أخذه أم لم يشهد.

---

(١) الإشراف للقاضي عبد الوهاب (٢/٦٨١).

(٢) انظر: معجم مقاييس اللغة (٣/٢٢١)، لسان العرب (٣/٢٣٨-٢٤٣).

(٣) كشاف اصطلاحات الفنون (١/١٠٤٣). وانظر: الاختيار (٢/١٦٦)، حاشية الدسوقي (٤/١٦٤-١٦٥)، مغني المحتاج (٤/٤٢٦)، نيل المآرب (٢/٦٨٨).

المطلب الرابع
في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة

هذه القاعدة - كما سبق - استنبطت من كلام للقاضي عبد الوهاب المالكي(١) في مسألة: اللقطة إذا تلفت بيد الملتقط، من غير تعدّ منه أو تفريط، هل يشترط لعدم ضمانه لها أن يكون قد أشهد عليها حين التقاطه لها؟.

وقد اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: إن أشهد الملتقط حين أخذ اللقطة أنه يأخذها ليردها لم يضمنها، وإن لم يشهد بذلك ضمنها. وهذا قول أبي حنيفة(٢) وزفر(٣).

القول الثاني: إن الملتقط لا يلزمه ضمانها سواء أشهد عليها أم لم يشهد. وهذا قول أبي يوسف ومحمد(٤) والمالكية(٥) والشافعية(٦) والحنابلة(٧).

---

(١) كما في الإشراف له (٢/٦٨١).

(٢) انظر: مختصر اختلاف العلماء (٤/٣٤٤)، بدائع الصنائع (٦/٢٠١)، الهداية مع فتح القدير (٥/٣٤٩).

(٣) انظر: مختصر اختلاف العلماء (٤/٣٤٤).

(٤) انظر: قولهما في: مختصر اختلاف العلماء (٤/٣٤٤)، بدائع الصنائع (٦/٢٠١)، الهداية مع فتح القدير (٥/٣٤٩).

(٥) انظر: الإشراف للقاضي عبد الوهاب (٢/٦٨١)، المقدمات الممهدات (٢/٤٨٤-٤٨٥)، الذخيرة (٩/١٠٥)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٣٥٧).

(٦) انظر: التهذيب للبغوي (٤/٥٥١)، العزيز (٦/٣٥٨-٣٥٩)، روضة الطالبين (٥/٤٠٦-٤٠٧)، مغني المحتاج (٢/٤١١-٤١٢، ٤١٦)، والذخيرة (٩/١٠٦)، المغني (٨/٣٠٨).

(٧) انظر: المغني (٨/٣٠٨)، الشرح الكبير مع المقنع (١٦/٢٥٠)، المبدع (٥/٢٨٥)، منتهى الإرادات (١/٣٩٥).

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

١- عن عياض بن حمار[1] ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: **(من وجد لقطة فليشهد ذا عدل أو ذوي عدل، ولا يكتم ولا يغيب؛ فإن وجد صاحبها فليردها إليه، وإلا فهو مال الله يؤتيه من يشاء)**[2].

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ أمر بالإشهاد على اللقطة، والأمر يقتضي الوجوب[3].

نوقش هذا الحديث بما يأتي:

أولاً: إن النبي ﷺ سئل عن اللقطة - كما سيأتي في أدلة القول الثاني - فأمر بالتعريف دون الإشهاد، ولا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة، فلو كان واجبا لبيّنه النبي ﷺ، سيما وقد سئل عن حكم اللقطة، فلم يكن ليخل بذكر الواجب فيها، فتعيّن حمل الأمر في حديث عياض على الندب والاستحباب[4].

---

(١) هو الصحابي الجليل عياض بن حمار بن أبي حمار بن ناجية بن عقال المجاشعي التميمي، سكن البصرة، روى عنه: الحسن البصري ومطرف بن الشخير والعلاء بن زياد، قيل: إنه أدرك خلافة علي رضي الله عنه.
انظر: تهذيب الكمال (٥٦٥/٢٢-٥٦٧)، تهذيب التهذيب (١٧٢/٨-١٧٣).

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (١٦١/٤-١٦٢، ٢٦٦)، وأبو داود في سننه: كتاب اللقطة، باب التعريف باللقطة (٣٣٥/٢) برقم (١٧٠٩)، واللفظ له، والنسائي في السنن الكبرى: كتاب القضاء، باب الحكم باليمين مع الشاهد الواحد (٤٣٦/٥) برقم (٥٩٦٨)، وابن ماجه في سننه: كتاب اللقطة، باب اللقطة (١٩٥/٣-١٩٦) برقم (٢٥٠٥)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (١٣٦/٤)، وصححه الألباني في صحيح سنن ابن ماجه (٧١/٢).

(٣) انظر: مختصر اختلاف العلماء (٣٤٤/٤)، المغني (٣٠٨/٨-٣٠٩).

(٤) انظر: المقدمات الممهدات (٤٨٥/٢)، الذخيرة (١٠٥/٩)، المغني (٣٠٩/٨).

ثانياً: يحتمل أن يكون مراد النبي ﷺ بالإشهاد - في هذا الحديث - ظهور الأمانة من الملتقط وارتفاع الظنة عنه، كما روي عن الحسن في قوله تعالى: ﴿ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ ﴾[1] أنه أريد به ظهور أمانة الولاة على الأيتام[2].

ثالثاً: إذا افترضنا أن الحديث يدل على وجوب الإشهاد، فإنه لا يدل على أن الملتقط إذا لم يشهد يضمن التلف.

٢- «إن أخذ مال الغير بغير إذنه سبب لوجوب الضمان في الأصل، إلا أنه إذا كان الأخذ على سبيل الأمانة بأن أخذه لصاحبه فيخرج من أن يكون سبباً، وذلك إنما يعرف بالإشهاد، فإذا لم يُشهد لم يعرف كون الأخذ لصاحبه؛ فبقي الأخذ سبباً في حق وجوب الضمان على الأصل»[3].

٣- «إن الأصل أنّ عمل كل إنسان له لا لغيره، بقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَـٰنِ إِلَّا مَا سَعَىٰ ﴾[4] وقوله تعالى: ﴿لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا ٱكْتَسَبَتْ﴾[5] فكان أخذه اللقطة في الأصل لنفسه لا لصاحبها، وأخذ مال الغير بغير إذنه لنفسه سبب لوجوب الضمان؛ لأنه غصب، وإنما يعرف الأخذ لصاحبها بالإشهاد، فإذا لم يوجد تعين أن الأخذ لنفسه؛ فيجب عليه الضمان»[6].

---

(١) سورة النساء، الآية [٦].

(٢) انظر: مختصر اختلاف العلماء (٤/ ٣٤٥).

(٣) بدائع الصنائع (٦/ ٢٠١).

(٤) سورة النجم، الآية [٣٩].

(٥) سورة البقرة، الآية [٢٨٦].

(٦) بدائع الصنائع (٦/ ٢٠١).

نوقش هذان التعليلان بما يأتي:

أولاً: «إن المعنى الذي ذكروه غير صحيح؛ فإنه إذا حفظها وعرّفها، لا يعتبر أنه أخذها لنفسه، وفائدة الإشهاد صيانة نفسه عن الطمع فيها وكتمها وحفظها من ورثته إن مات، ومن غرمائه إن أفلس»[١].

ثانياً: إن الإشهاد لا معنى له ولا أثر في إسقاط الضمان؛ لأنه قد يشهد بخلاف ما كان أضمر احتياطا لنفسه[٢].

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

١- عن زيد بن خالد الجهني[٣] رضي الله عنه قال: سئل رسول الله ﷺ عن اللقطة: الذهب أو الورق؟ فقال: (اعرف وكاءها[٤] وعفاصها[٥]، ثم عرفها

---

(١) المغني (٨/٣٠٩) بتصرف.

(٢) انظر: المقدمات الممهدات (٢/٤٨٥)، الذخيرة (٩/١٠٥).

(٣) هو الصحابي الجليل زيد بن خالد الجهني المدني، اختلف في كنيته: فقيل: أبو عبدالرحمن، وقيل: أبو طلحة، روى عن النبي ﷺ وعن عثمان وأبي طلحة وعائشة، وروى عنه ابناه: خالد وأبو حرب ومولاه أبو عمرة وآخرون، شهد الحديبية، وكان معه لواء جهينة يوم الفتح، مات بالمدينة سنة ٧٨هـ، وقيل: غير ذلك.

انظر: تهذيب الكمال (١٠/٦٣-٦٤)، الإصابة (٣/٢٧).

(٤) الوكاء: ما يُشَدّ به السقاء والكيس ونحوهما، كالحبل ونحوه، وجمعه أوكية.

انظر: النهاية في غريب الحديث (١/١٩٣)، المصباح المنير (ص ٢٥٧).

(٥) العفاص: الوعاء الذي تكون فيه النفقة من جلد أو خرقة أو غير ذلك، من العفص: وهو الثني والعطف، وبه سمي الجلد الذي يجعل على رأس القارورة عفاصا.

انظر: النهاية في غريب الحديث (٣/٢٦٣)، القاموس المحيط (ص ٨٠٤).

سنة، فإن لم تعرف فاستنفقها، ولتكن وديعة عندك؛ فإن جاء صاحبها يوماً من الدهر فأدها إليه). وسأله عن ضالة الإبل؟ فقال: (ما لك ولها؟ دعها؛ فإن معها حذاءها وسقاءها، ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها). وسأله عن الشاة؟ فقال: (خذها؛ فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب)[1].

٢- عن أبي بن كعب[2] ﷺ قال: إني وجدت صرة فيها مائة دينار على عهد رسول الله ﷺ، فأتيت بها رسول الله ﷺ فقال: (عرفها حولا، قال: فعرفتها فلم أجد من يعرفها، ثم أتيته، فقال: عرفها حولاً، فعرفتها فلم أجد من يعرفها، ثم أتيته فقال: عرفها حولا، فعرفتها فلم أجد من يعرفها، فقال: احفظ عددها ووعاءها ووكاءها؛ فإن جاء صاحبها وإلا فاستمتع بها)[3].

وجه الدلالة من الحديثين: «أن النبي ﷺ أمرهما بالتعريف دون الإشهاد، ولا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة؛ فلو كان واجباً لبيّنه النبي ﷺ، سيما وقد سئل عن حكم اللقطة، فلم يكن ليخلّ بذكر الواجب فيها»[4].

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب اللقطة، باب ضالة الإبل (١٨٤/٢) برقم (٢٤٢٧)، ومسلم في صحيحه: كتاب اللقطة (١٣٤٩/٣) برقم (١٧٢٢) واللفظ له.

(٢) هو الصحابي الجليل أبو المنذر وأبو الطفيل أبي بن كعب بن قيس بن عبيد بن زيد بن معاوية بن عمرو بن مالك بن النجار الأنصاري، سيد القراء، كان من أصحاب العقبة الثانية، وشهد بدرا والمشاهد، وهو أول من كتب للنبي ﷺ، روى عن النبي ﷺ، وروى عنه من الصحابة: عمر وأبو أيوب وعبادة بن الصامت، مات سنة ٣٠هـ، وقيل غير ذلك.
انظر: سير أعلام النبلاء (٣٨٩/١-٤٠٢)، الإصابة (١٦/١).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب اللقطة، باب إذا أخبره رب اللقطة بالعلامة دفع إليه (١٨٤/٢) برقم (٢٤٢٦)، ومسلم في صحيحه: كتاب اللقطة (١٣٥٠/٣) برقم (١٧٢٣) واللفظ له.

(٤) المغني (٣٠٩/٨) بتصرف يسير.

٣- إن الملتقط أخذ اللقطة من باب الأمانة ؛ فلم يفتقر إلى الإشهاد، كالوديعة[١].

٤- إن اللقطة إذا تلفت، وقد أخذت بإشهاد لم يضمنها الملتقط، فإذا تلفت وقد أخذت بغير إشهاد لم يضمنها، أصله الوديعة[٢].

٥- «إن الملتقط لما لم يضمنها إذا أشهد، وجب مثله إذا لم يشهد، ألا ترى أن ما كان مضمونا من الغصوب ونحوها، لا يبرئه الإشهاد من ضمانه، وكما أنه لو كتم بعد الإشهاد من غير جحود لم يضمن، كذلك إذا ترك الإشهاد لم يضمنه»[٣].

القول المختار:

الذي يظهر - والعلم عند الله تعالى - أن القول المختار هو القول الثاني ؛ وهو عدم اشتراط الإشهاد لسقوط الضمان عن الملتقط عند تلف اللقطة بيده، وذلك للأمور التالية :

١- صحة أدلة هذا القول وسلامتها من الاعتراضات.

٢- عدم وجود دليل صحيح صريح على اشتراط الإشهاد لسقوط الضمان.

٣- صحة ما أجاب به أصحاب القول الثاني على أدلة أصحاب القول الأول.

---

(١) انظر : المغني (٣٠٩/٨) بتصرف يسير.

(٢) انظر : الإشراف للقاضي عبد الوهاب (٦٨١/٢).

(٣) مختصر اختلاف العلماء (٣٤٥/٤).

المطلب الخامس

من فروع القاعدة

هناك فروع فقهية كثيرة تندرج تحت هذه القاعدة، أكتفي منها بذكر الآتي:

١- إذا تلفت اللقطة في يد الملتقط من غير تعدّ أو تفريط منه؛ لم يضمنها، سواء أشهد عليها أم لم يشهد[١].

٢- إذا تلف المال المودع بيد الوديع من غير تعدّ منه أو تفريط؛ لم يجب عليه الضمان وإن لم يشهد عليها[٢].

٣- إذا استأجر رجل دابة أو دارا؛ فإن يده عليها يد أمانة، لا يضمن ما تلف منها بغير تعدّ أو تقصير، ولا يشترط له الإشهاد عليها[٣].

٤- إذا تلف مال المضاربة بيد العامل من غير تعدّ منه أو تفريط؛ لم يلزمه ضمانه، ولا يشترط لعدم ضمانه أن يكون قد أشهد عليها حين استلامها[٤].

٥- إذا تلف المال المعار عند المستعير، لم يلزمه ضمانه إذا لم يتعدّ أو يفرط، ولا يشترط لعدم ضمانه أن يكون قد أشهد عليها حين أخذها[٥].

---

(١) انظر: مختصر اختلاف العلماء (٣٤٤/٤)، الذخيرة (١٠٥/٩)، مغني المحتاج (٤١١/٢-٤١٢، ٤١٦)، المغني (٣٠٨/٨).

(٢) انظر: الإشراف للقاضي عبد الوهاب (٦٨١/٢)، روضة الطالبين (٣٢٧/٦)، المغني (٣٠٩/٨).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٢٦٦/٥).

(٤) انظر: جامع الأمهات (ص٤٢٧)، منتهى الإرادات (٣٣٣/١).

(٥) انظر: مجمع الضمانات (١٦٣/١).

الخاتمة

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

وبعد: فهذه هي القواعد والضوابط الفقهية المتعلقة بضمان الأموال، مجموعة في رسالة مستقلة، أرجو أن يكون فيها إضافة جديدة لعلم القواعد الفقهية، وقد توصلت من خلال بحثي هذا إلى النتائج الآتية:

أولاً: توصلت من خلال هذا البحث إلى وضع تعريف للقاعدة الفقهية والضابط الفقهي؛ فالقاعدة الفقهية هي: قضية كلية فقهية تنطبق على فروع كثيرة من عدة أبواب. والضابط الفقهي هو: قضية كلية فقهية تنطبق على فروع كثيرة من باب واحد.

ثانياً: ظهر لي أنه لا مانع من إطلاق وصفي الكلية والأغلبية على القاعدة؛ لأن مَن وصفها بالكلية نظر إلى أن الأصل في القاعدة الكلية، كما نظر إلى معناها اللغوي، ومن وصفها بالأغلبية نظر إلى الفروع الفقهية المستثناة منها، وهذا لا ينافي وصفها بالكلية.

ثالثاً: تبين لي أن التفريق بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهي لم يكن معروفا لدى الفقهاء المتقدمين، بخلاف المتأخرين؛ فإن معظمهم يذهب إلى التفريق بينهما، أما الآن فقد أصبح اصطلاحاً سائداً بين الفقهاء والباحثين في الفقه الإسلامي وقواعده.

رابعاً: يشترك كل من القاعدة الفقهية والضابط الفقهي بكونهما قضية كلية فقهية تنطبق على جملة من الفروع الفقهية.

خامساً: إن أهم ما يميز به بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهي هو أن القاعدة تجمع فروعا من أبواب مختلفة، بينما يجمع الضابط فروعا من باب واحد.

سادسا: ذكرت التعاريف التي قيلت في الضمان بمفهومه العام، ورجحت تعريف الأستاذ علي الخفيف، وهو: شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل.

سابعاً: بيّنت أدلة مشروعية الضمان، وأركانه وشروطه وأسبابه وأنواعه.

ثامناً: يطلق الضمان في الفقه الإسلامي ويراد به أحد المعنيين التاليين:

الأول: المعنى الخاص، وهو عقد الكفالة.

الثاني: المعنى العام، وهو التعويض المالي عن الضرر.

تاسعاً: لم يخصص الفقهاء للضمان بمعناه العام باباً مفرداً في كتبهم - كما فعلوا في الضمان بمعناه الخاص (الكفالة) - وإنما بثوا مسائله وأحكامه في ثنايا الكتب والأبواب الفقهية، ككتاب الغصب والوديعة والعارية والرهن وغيرها، بل تجاوز ذلك إلى العبادات، كأحكام الزكاة والكفارات والفدية وغيرها.

عاشراً: إن أسباب الضمان كثيرة ومتداخلة، لكن يمكن إرجاعها إلى ثلاثة أسباب رئيسة، هي: العقد واليد والإتلاف.

حادي عشر: أهمية موضوع ضمان الأموال في الفقه الإسلامي؛ وذلك لحيويته وتكرر وقوعه، وكثرة النزاع فيه والسؤال عنه.

ثاني عشر: اشتمل هذا البحث على خمس وأربعين قاعدة وضابطا؛ فالقواعد ثمان وثلاثون، والضوابط سبعة، تمثل الأصول الكلية في باب ضمان الأموال.

ثالث عشر: تبين لي من خلال هذا البحث صحة بعض القواعد والضوابط وضعف بعضها الآخر، كما أن منها ما هو متفق عليه بين الفقهاء، ومنها ما هو مختلف فيه، ويمكن توضيح ذلك من خلال الجدول الآتي:

الرقم	القاعدة أو الضابط	الصحة أو الضعف	الاتفاق أو الاختلاف
١	قاعدة: من أتلف نفسا لنفع يعود إلى نفسه فلا ضمان عليه، وإن كان النفع يعود إلى غيره فعليه الضمان	الشق الأول: صحيح الشق الثاني: ضعيف	مختلف فيها
٢	قاعدة: لا يجب الضمان بإتلاف ملكه إلا إذا تعلق به حق لغيره	صحيحة	متفق عليها
٣	قاعدة: إذا حصل التلف من فعلين أحدهما مأذون فيه، والآخر غير مأذون فيه وجب الضمان كاملا	لم يتبين لي شيء	مختلف فيها
٤	قاعدة: الضمان منوط بالتعدي	صحيحة	متفق عليها
٥	قاعدة: المتولد من التعدي في حكم التعدي	صحيحة	متفق عليها
٦	قاعدة: المفرط ضامن	صحيحة	متفق عليها
٧	قاعدة: الأمانات تنقلب مضمونة بالموت عن تجهيل	صحيحة	متفق عليها
٨	قاعدة: كل ما كان أمانة لا يصير مضمونا بشرطه، وما كان مضمونا لا ينتفي ضمانه بشرطه	ضعيفة	مختلف فيها
٩	قاعدة: من ترك واجبا في الصون ضمن	صحيحة	متفق عليها من حيث الجملة، واختلفوا في بعض فروعها

الرقم	القاعدة أو الضابط	الصحة أو الضعف	الاتفاق أو الاختلاف
١٠	قاعدة: متى فرط العامل في المال أو اعتدى فعليه ضمانه	صحيحة	متفق عليها
١١	قاعدة: الخراج بالضمان وقاعدة: الغرم بالغنم	صحيحة	متفق عليها من حيث الجملة، واختلفوا في بعض أنواع الخراج
١٢	قاعدة: فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه	صحيحة	متفق عليها
١٣	قاعدة: كلّ يَدٍ ترتبت على يَدِ الغاصب فهي يَدُ ضمان	صحيحة في بعض الأيدي دون البعض الآخر	مختلف فيها
١٤	قاعدة: يضمن بالعقد وباليد الأموال المحضة المنقولة إذا وجد فيها النقل	ضعيفة	مختلف فيها
١٥	قاعدة: الزعيم غارم	صحيحة	متفق عليها
١٦	قاعدة: لا فرق في ضمان المتلف بين العلم والجهل	صحيحة	متفق عليها
١٧	قاعدة: العمد والخطأ في ضمان الأموال سواء	صحيحة	متفق عليها
١٨	قاعدة: المباشر ضامن وإن لم يتعمد	صحيحة	متفق عليها
١٩	قاعدة: المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد	صحيحة	متفق عليها
٢٠	قاعدة: المباشر والمتسبب إذا اجتمعا في الإتلاف فالضمان على المباشر دون المتسبب	صحيحة	متفق عليها من حيث الجملة واختلفوا في بعض فروعها

الرقم	القاعدة أو الضابط	الصحة أو الضعف	الاتفاق أو الاختلاف
٢١	قاعدة: يضاف الفعل إلى الفاعل لا إلى الآمر ما لم يكن مجبرا	صحيحة	الشق الأول: متفق عليه بشروط. الشق الثاني: مختلف فيه.
٢٢	قاعدة: الأصل رد الحقوق المضمونة بأعيانها عند الإمكان	صحيحة	متفق عليها
٢٣	قاعدة: المثلي مضمون بمثله والمتقوّم بالقيمة	الشق الأول: صحيح الشق الثاني: ضعيف	الشق الأول: حكي فيه الاتفاق، ووجد فيه خلاف يسير. الشق الثاني: مختلف فيه
٢٤	قاعدة: كلّ جملة تكون مضمونة بالمثل يكون النقص الداخل عليها مضمونا بالأرش من القيمة دون المثل	صحيحة	متفق عليها
٢٥	قاعدة: ما يوجب ضمان المنقول يوجب ضمان الأصول	صحيحة	مختلف فيها
٢٦	قاعدة: كل ما جاز بيعه فعلى متلفه القيمة وما لا يجوز بيعه فلا قيمة على متلفه	صحيحة	متفق عليها
٢٧	قاعدة: ما تصح إجارته فعلى متلفه الضمان	صحيحة	متفق عليها
٢٨	الضابط الفقهي: ما صح الرهن به صح ضمانه	صحيحة	متفق عليه

الرقم	القاعدة أو الضابط	الصحة أو الضعف	الاتفاق أو الاختلاف
٢٩	الضابط الفقهي: العارية مضمونة	ضعيف	مختلف فيه
٣٠	الضابط الفقهي: إذا استعار شيئاً ليرهنه بدين فرهنه، فسبيل هذا العقد سبيل العارية أو الضمان؟	لم يتبين لي أي القولين أصح	مختلف فيه
٣١	الضابط الفقهي: كل من غصب شيئاً لزمه رده أو رد قيمته	صحيح	متفق عليه
٣٢	الضابط الفقهي: الصداق المعين في يد الزوج قبل القبض مضمون ضمان عقد أو ضمان يد؟	الصحيح أنه مضمون ضمان يد	مختلف فيه
٣٣	قاعدة: الجواز الشرعي ينافي الضمان	صحيحة	متفق عليها
٣٤	قاعدة: إذن المالك في التصرفات يسقط الضمان	صحيحة	متفق عليها
٣٥	قاعدة: الأمانة غير مضمونة	صحيحة	متفق عليها
٣٦	قاعدة: كل ما قبضه الإنسان من غيره بغير عوض فهو غير مضمون عليه	صحيحة	متفق عليها
٣٧	الضابط الفقهي: الرهن أمانة في يد المرتهن غير مضمون	صحيح	مختلف فيه
٣٨	الضابط الفقهي الضمان لا يجب على الوديع	صحيح	فيه خلاف يسير
٣٩	قاعدة: من أتلف شيئاً لدفع أذاه له لم يضمنه، وإن أتلفه لدفع أذاه به ضمنه	صحيحة	مختلف فيها

الرقم	القاعدة أو الضابط	الصحة أو الضعف	الاتفاق أو الاختلاف
٤٠	قاعدة: جناية العجماء جبار	صحيحة	اتفقوا عليها واختلفوا في بعض شروطها
٤١	قاعدة: من لم يجن لا يطالب بجناية من جنى	صحيحة	متفق عليها
٤٢	قاعدة: الأجر والضمان لا يجتمعان	ضعيفة	مختلف فيها
٤٣	قاعدة: لا يتوالى ضمان عقدين في شيء واحد	ضعيفة	مختلف فيها
٤٤	قاعدة: كل ما لا يضمن من المتلفات المأخوذة بإشهاد لا يضمن إذا أخذ بغير إشهاد	صحيحة	مختلف فيها

رابع عشر: أهمية علم القواعد الفقهية، وفائدته في ضبط الفروع الفقهية، ومعرفة مآخذ المسائل وعلل الأحكام، وإدراك المقاصد الشرعية.

خامس عشر: إن لعلم القواعد الفقهية دورا كبيرا في إثراء الفقه الإسلامي ومعالجة كثير من المسائل النازلة والحوادث الجديدة المعاصرة.

سادس عشر: ظهر لي - من خلال هذا البحث - الجهد الكبير الذي قام به فقهاء الإسلام في إبراز هذا العلم وإظهاره والعناية به.

سابع عشر: إن أغلب المؤلفات في فن القواعد الفقهية لم تُعْنَ بدارسة القواعد دراسة مقارنة؛ فكل مؤلف حاول أن يجمع القواعد وفروعها وفق مذهبه.

كما أن عدداً كثيرا منها لم يهتم بذكر أدلة القواعد وتعليلاتها.

ثامن عشر: إن علم القواعد الفقهية لم ينضج بعد، ولا يزال بحاجة ماسة إلى مزيد من الدراسات الفقهية المتعمقة والبحوث الشرعية الدقيقة؛ لتقوم بتأصيلها واستيفاء الكلام عليها.

وفي نهاية هذا المطاف أودّ أن أذكر بعض المقترحات والتوصيات التي ظهرت لي من خلال دراستي لهذا الموضوع، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: ضرورة الاهتمام بتدريس علم القواعد الفقهية في الكليات الشرعية، والاعتناء بها، مع زيادة عدد محاضراتها وساعات تدريسها.

ثانياً: ألتمس من قسم الفقه بكلية الشريعة القيام بتوجيه طلاب الدراسات العليا بإكمال مسيرتنا في دراسة القواعد والضوابط الفقهية من الأبواب الفقهية الأخرى التي لم نَتَناوَل بَعْدُ.

كما أهيب بطلاب الدراسات العليا امتثال ذلك والقيام به؛ لما في ذلك من فائدة كبيرة ومنفعة عظيمة.

ثالثاً: ينبغي للباحثين والدارسين للقواعد والضوابط الفقهية القيام بدراستها دراسة فقهية مقارنة مع تمحيصها وعرضها على الأدلة الشرعية المعتبرة، ومن ثم بيان مدى صحتها، والتفريع عليها.

فمن تعسر عليه معرفة أقوال الفقهاء في القاعدة؛ فبإمكانه دراسة أحد فروعها الفقهية حتى تتجلى له إحدى صور الخلاف في القاعدة.

والحمد لله أولاً وآخراً.

الفهارس

ويشمل:

[١] فهرس المصادر والمراجع.

[٢] فهرس الموضوعات.

المصادر والمراجع

[أ]

١- ابن عثيمين - الإمام الزاهد، جمع وتأليف ناصر مسفر الزهراني، دار ابن الجوزي - الدمام، الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ -٢٠٠١م.

٢- الإجماع، لأبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري ت ٣١٨هـ، تحقيق أبو حماد صغير أحمد بن محمد حنيف، مكتبة عجمان، ومكتبة مكة الثقافية - رأس الخيمة، الطبعة الثانية ١٤٢٠هـ -١٩٩٩م.

٣- الإحاطة في أخبار غرناطة، لمحمد بن عبدالله بن سعيد، المعروف بلسان الدين ابن الخطيب ت٧٧٦هـ، تحقيق محمد عبدالله عنان، مكتبة الخانجي - القاهرة، الطبعة الثانية ١٣٩٣هـ -١٩٧٣م.

٤- أحكام التصوير في الفقه الإسلامي، تأليف محمد بن أحمد علي واصل، دار طيبة للنشروالتوزيع - الرياض، الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ -١٩٩٩م.

٥- الإحكام في أصول الأحكام، تأليف علي بن محمد الآمدي ت٦٣١هـ، تعليق عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي - بيروت، الطبعة الثانية ١٤٠٢هـ.

٦- أحكام القرآن، لأبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص الحنفي ت٣٧٠هـ، طبع بمطبعة الأوقاف الإسلامية في دار الخلافة العلية سنة ١٣٣٥هـ، دار الكتاب العربي - بيروت.

٧- أحكام القرآن، لأبي بكر محمد بن عبدالله المعروف بابن العربي ت٥٤٣هـ، تحقيق علي محمد البجاوي، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه.

٨- أحكام المعاملات الشرعية، تأليف علي الخفيف ت١٣٩٨هـ ، دار الفكر العربي - القاهرة، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ -١٩٩٦م.
٩- أخبار القضاة، لمحمد بن خلف بن حيان، المعروف بوكيع ت٣٠٦هـ ، عالم الكتب - بيروت.
١٠-الاختيارات الفقهية، لابن تيمية ت٧٢٨هـ ، تحقيق محمد حامد الفقي، دار المعرفة - بيروت.
١١-الاختيار لتعليل المختار، تأليف عبد الله بن محمود الموصلي الحنفي ت٦٨٣هـ، خرج أحاديثه وعلق عليه الشيخ خالد بن عبد الرحمن العك، دار المعرفة - بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ -١٩٩٨.
١٢-الإرشاد إلى معرفة الأحكام، تأليف عبد الرحمن بن ناصر السعدي ت ١٣٧٦هـ ، مكتبة المعارف - الرياض، ١٤٠٠هـ -١٩٨٠م.
١٣-إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، تأليف محمد بن علي الشوكاني ت١٢٥٠هـ ، تحقيق شعبان محمد إسماعيل، دار الكتبي، مطبعة المدني - القاهرة، الطبعة الأولى ١٤١٣هـ -١٩٩٢م.
١٤-إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، تأليف محمد ناصر الدين الألباني ت١٤٢٠هـ ، المكتب الإسلامي - بيروت، الطبعة الثانية ١٤٠٥هـ -١٩٨٥م.
١٥-الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار وشرح ذلك كله بالإيجاز والاختصار، تصنيف أبي عمر يوسف ابن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري الأندلسي ت٤٦٣هـ ، تحقيق عبد المعطي أمين قلعجي، دار قتيبة للطباعة والنشر بدمشق وبيروت، ودار الوعي بحلب والقاهرة.

١٦-الاستغناء في الفرق والاستثناء، تأليف محمد بن أبي سليمان البكري، تحقيق سعود بن مسعد الثبيتي، مركز إحياء التراث الإسلامي - جامعة أم القرى - مكة المكرمة، الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ -١٩٨٨م.

١٧-الاستيعاب في معرفة الأصحاب، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد ابن عبد البر، ت٤٦٣هـ ، تحقيق علي محمد البجاوي، دار الجيل - بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٢هـ -١٩٩٢م.

١٨-أسد الغابة في معرفة الصحابة، لعز الدين ابن الأثير أبي الحسن علي بن محمد الجزري ت٦٣٠هـ ، دار الفكر.

١٩-الأشباه والنظائر، تأليف أبي عبد الله صدر الدين المعروف بابن الوكيل ت ٧١٦هـ ، تحقيق أحمد بن محمد العنقري، مكتبة الرشد - الرياض، الطبعة الثانية ١٤١٨هـ -١٩٩٧م.

٢٠-الأشباه والنظائر، لأبي حفص سراج الدين عمر بن علي بن أحمد الأنصاري، المعروف بابن الملقن ت٨٠٤هـ ، تحقيق ودراسة حمد بن عبد العزيز بن أحمد الخضيري، منشورات إدارة القرآن والعلوم الإسلامية - كراتشي - باكستان، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ .

٢١-الأشباه والنظائر، تأليف تاج الدين عبد الوهاب بن عبد الكافي السبكي ت ٧٧١هـ ، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى ١٤١١هـ -١٩٩١م.

٢٢-الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، تأليف زين الدين بن إبراهيم الشهير بابن نجيم ت٩٧٠هـ ، وضع حواشيه وخرج أحاديثه زكريا عميرات، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ -١٩٩٩م.

٢٣-الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، تأليف جلال الدين عبد الرحمن السيوطي ت٩١١هـ ، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى ١٤١١هـ -١٩٩٠م.

٢٤-الإشراف على مذاهب أهل العلم، لمحمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري ت٣١٨هـ ، تحقيق محمد نجيب سراج الدين بإشراف الشيخ عبد الغني محمد عبد الخالق، إدارة إحياء التراث الإسلامي بدولة قطر، الطبعة الأولى ١٤٠٦ هـ -١٩٨٦م.

٢٥-الإصابة في تمييز الصحابة، تأليف الحافظ أحمد بن علي العسقلاني المعروف بابن حجر ت٨٥٢هـ ، دار الكتب العلمية - بيروت.

٢٦-الأصل، لأبي عبد الله محمد بن الحسن الشيباني ت١٨٩هـ ، تصحيح أبي الوفاء الأفغاني، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية بحيدر آباد الدكن - الهند، الطبعة الأولى ١٣٨٨هـ -١٩٦٩م.

٢٧-أصول الفقه، ليعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، مكتبة الرشد - الرياض - السعودية، الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ -١٩٨٨م.

٢٨-الاضطرار إلى الأطعمة والأدوية المحرمة، تأليف عبد الله بن محمد بن أحمد الطريقي، مكتبة المعارف - الرياض، الطبعة الأولى ١٤١٣هـ -١٩٩٢م.

٢٩-الاعتناء في الفرق والاستثناء، تأليف بدر الدين محمد بن أبي بكر البكري، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود والشيخ علي محمد معوض، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى ١٤١١هـ -١٩٩١م.

٣٠-إعداد المهج للاستفادة من المنهج في قواعد الفقه المالكي، تأليف الشيخ أحمد بن أحمد المختار الجكني الشنقيطي، عني بمراجعته عبد الله إبراهيم الأنصاري، منشورات إدارة إحياء التراث الإسلامي بدولة قطر، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.

٣١-إعلاء السنن، تأليف ظفر أحمد العثماني التهانوي، حققه وعلق عليه محمد تقي عثماني، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية -كراتشي- باكستان، الطبعة الثالثة ١٤١٨هـ.

٣٢-الأعلام العلية في مناقب ابن تيمية، تأليف عمر بن علي البزار ت٧٤٩هـ، تحقيق زهير الشاويش، المكتب الإسلامي - بيروت، الطبعة الثانية ١٣٩٦هـ.

٣٣-الأعلام: قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين، تأليف خير الدين الزركلي ت١٣٩٦هـ، دار العلم للملايين - بيروت، الطبعة التاسعة ١٩٩٠م.

٣٤-إعلام الموقعين عن رب العالمين، تأليف شمس الدين أبي عبد الله المعروف بابن قيم الجوزية ت٧٥١هـ، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية - صيدا - بيروت ١٤٠٧هـ -١٩٨٧م.

٣٤م- الإفصاح عن معاني الصحاح، تأليف عون الدين أبي المظفر يحيى بن محمد بن هبيرة الحنبلي ت٥٦٠هـ، المؤسسة السعيدية - الرياض.

٣٥-الإقناع، تأليف أبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري ت٣١٨هـ، تحقيق عبد الله بن عبد العزيز الجبرين، مكتبة الرشد - الرياض، الطبعة الثالثة ١٤١٨هـ.

٣٦-الإقناع لطالب الانتفاع، تأليف شرف الدين موسى بن أحمد أبي النجا الحجّاوي المقدسي ت٩٦٨هـ ، تحقيق عبد الله التركي، دار هجر، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ -١٩٩٧م.

٣٧-الإشراف على نكت مسائل الخلاف، تأليف أبي محمد عبد الوهاب المالكي ت٤٢٢هـ ، تحقيق الحبيب بن طاهر، دار ابن حزم - بيروت، الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ -١٩٩٩م.

٣٨-الأم، تأليف محمد بن إدريس الشافعي ت٢٠٤هـ ، أشرف على طبعه وباشر تصحيحه محمد زهري النجار، دار المعرفة- بيروت.

٣٩-الإمام داود الظاهري وأثره في الفقه الإسلامي، إعداد عارف خليل محمد أبو عيد، دار الأرقم - الكويت، الطبعة الأولى ١٤٠٤هـ -١٩٨٤م.

٤٠-الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي، تأليف محمد يوسف موسى، دار الفكر العربي - القاهرة ١٤١٧هـ -١٩٩٦م.

٤١-الانتصار في المسائل الكبار، تأليف أبي الخطاب محفوظ بن أحمد الكلوذاني الحنبلي ت٥١٠هـ ، تحقيق سليمان بن عبد الله العمير، مكتبة العبيكان - الرياض، الطبعة الأولى ١٤١٣هـ -١٩٩٣م.

٤٢-الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، مطبوع مع المقنع والشرح الكبير، تأليف علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي ت٨٨٥هـ ، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، هجر للطباعة والنشر، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ -١٩٩٥م.

٤٣-أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، تأليف قاسم القونوي ت٩٧٨هـ ، تحقيق أحمد بن عبد الرزاق الكبيسي، دار الوفاء - جدة، الطبعة الثانية ١٤٠٧هـ -١٩٨٧م.

٤٤-الأهلية ونظرية الحق في الشريعة الإسلامية، إعداد عبد الله بن عبد العزيز العجلان، مؤسسة المعتاز - الرياض، الطبعة الأولى ١٤١٦هـ-١٩٩٦م.
٤٥-إيثار الإنصاف في آثار الخلاف، تأليف شمس الدين أبي المظفر يوسف بن قزاوغلي ت٦٥٤هـ ، تحقيق عبد الله بن عبد العزيز العجلان، مطابع الحميضي - الرياض، الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ-١٤٢١هـ.
٤٦-إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام أبي عبد الله مالك، تأليف أحمد بن يحيى الونشريسي ت٩١٤هـ ، تحقيق الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، منشورات كلية الدعوة الإسلامية ولجنة الحفاظ على التراث الإسلامي - الجماهيرية العظمى - طرابلس، الطبعة الأولى ١٤٠١هـ-١٩٩١م.
٤٧-إيضاح المكنون في الذيل على كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون، تأليف إسماعيل باشا بن محمد أمين البغدادي ت١٣٣٩هـ ، دار الكتب العلمية - بيروت، ١٤١٣هـ-١٩٩٢م.

[ب]

٤٨-البحر الرائق شرح كنز الدقائق، تأليف زين الدين ابن نجين الحنفي ت٩٧٠هـ ، دار المعرفة - بيروت، الطبعة الثالثة ١٤١٣هـ-١٩٩٣م.
٤٩-البحر المحيط في أصول الفقه، تأليف بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي ت٧٩٤هـ ، قام بتحريره عبد القادر عبد الله العاني وزملاؤه، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت، الطبعة الثانية ١٤١٣هـ.
٥٠-بحوث في الفقه الطبي والصحة النفسية من منظور إسلامي، لعبد الستار أبو غدة، دار الأقصى - القاهرة، الطبعة الأولى ١٤١١هـ-١٩٩١م.

٥١-بحوث في قضايا فقهية معاصرة، تأليف محمد تقي العثماني، دار القلم - دمشق، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ -١٩٩٨م.

٥٢-بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية، تأليف عبد الستار أبوغدة، بيت التمويل الكويتي، ١٤١٣هـ -١٩٩٣م.

٥٣-بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تأليف علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ت٥٨٧هـ ، دار الكتاب العربي - بيروت، الطبعة الثانية ١٤٠٢هـ -١٩٨٢م.

٥٤-بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تأليف أبي الوليد محمد بن أحمد القرطبي الأندلسي الشهير بابن رشد الحفيد ت٥٩٥هـ ، راجع أصوله وعلق عليه عبد الحليم محمد عبد الحليم، دار الكتب الإسلامية ١٤٠٣هـ -١٩٨٣م.

٥٥-البداية والنهاية، تأليف أبي الفداء ابن كثير الدمشقي ت٧٧٤هـ ، تحقيق أحمد أبو ملحم وزملائه، دار الريان للتراث - القاهرة، الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ -١٩٨٨م.

٥٦-البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع، تأليف محمد بن علي الشوكاني ت١٢٥٠هـ ، دار المعرفة - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى.

٥٧-البطاقات البنكية الإقراضية والسحب المباشر من الرصيد، تأليف عبدالوهاب إبراهيم أبو سليمان، دار القلم - دمشق، ومجمع الفقه الإسلامي - جدة، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ -١٩٩٨م.

٥٨-البناية في شرح الهداية، تأليف أبي محمد محمود بن أحمد العيني ت٨٥٥هـ، دار الفكر - بيروت، الطبعة الثانية ١٤١١هـ -١٩٩٠م.

٥٩-البهجة في شرح التحفة، لأبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي ت١٢٥٨هـ ، مطبعة المعاهد بجوار قسم الجمالية بالقاهرة.

٦٠-بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب ت٦٤٦هـ ، تأليف شمس الدين أبي الثناء محمود بن عبد الرحمن بن أحمد الأصفهاني ت٧٤٩هـ ، تحقيق محمد مظهر بقا، مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي - جامعة أم القرى - مكة المكرمة، دار المدني - جدة، الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ -١٩٨٦م.

٦١-البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة لأبي الوليد ابن رشد القرطبي ت٥٢٠هـ ، تحقيق محمد حجّي، دار الغرب الإسلامي - بيروت، الطبعة الثانية ١٤٠٨هـ -١٩٨٨م.

٦٢-بيع الأعيان المحرمة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، تأليف محمد وفا، دار الفكر العربي - القاهرة.

[ت]

٦٣-تاج التراجم، لأبي الفداء زين الدين قاسم بن قطلوبغا السودوني ت٨٧٩هـ، تحقيق محمد خير رمضان يوسف، دار القلم - دمشق، الطبعة الأولى ١٤١٣هـ -١٩٩٢م.

٦٤-تاج العروس من جواهر القاموس، للسيد محمد مرتضى الحسيني الزبيدي ت١٢٠٥هـ ، تحقيق عبد الكريم العزباوي وزملائه، بإشراف لجنة فنية بوزارة الإعلام في الكويت، دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان، ١٤٠٣هـ -١٩٨٣م.

٦٥-تاريخ بغداد أو مدينة السلام، لأبي بكر أحمد بن علي الخطيب البغدادي ت٤٦٣هـ ، دار الكتاب العربي - بيروت- لبنان.

٦٦-تاريخ الفقه الإسلامي، لعمر سليمان الأشقر، مكتبة الفلاح - الكويت، دار النفائس - الكويت، الطبعة الثانية ١٤١٠هـ -١٩٨٩م.

٦٧-تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، تأليف بدران أبو العينين بدران، دار النهضة العربية - بيروت - لبنان.

٦٨-تأسيس النظر، لعبيد الله بن عمر الدبوسي الحنفي ت٤٣٠هـ ، ومعه رسالة أبي الحسن الكرخي في الأصول التي عليها مدار فروع الحنفية مع شواهدها لأبي حفص عمر النسفي، الناشر: زكريا علي يوسف، مطبعة الإمام - القاهرة.

٦٩-تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، تأليف برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم بن محمد بن فرحون اليعمري المالكي ت٧٩٩هـ ، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى.

٧٠-تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، تأليف فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي ت٧٤٠هـ ، دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت - لبنان، الطبعة الثانية.

٧١-تتمة الأعلام للزركلي، لمحمد خير رمضان يوسف، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ -١٩٩٨م.

٧٢-التحرير للكمال بن الهمام ت٨٦١هـ ، مطبوع مع كتاب التقرير والتحبير لابن أمير الحاج ت٨٧٩هـ ، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ -١٩٨٣م.

٧٣-تحفة أهل الطلب في تجريد أصول قواعد ابن رجب، تأليف عبد الرحمن ابن ناصر السعدي ت١٣٧٦هـ ، تحقيق خالد بن علي المشيقح، دار ابن الجوزي - الدمام، الطبعة الأولى ١٤٢١هـ .

٧٤-تحفة المحتاج بشرح المنهاج، تأليف شهاب الدين أحمد بن حجر الهيثمي الشافعي ت٩٧٤هـ ، ومعه حواشي عبد الحميد الشرواني وأحمد بن قاسم العبادي، دار الفكر - بيروت، الطبعة الأولى.

٧٥-تحقيق المراد في أن النهي يقتضي الفساد، تأليف الحافظ العلائي ت٧٦١هـ ، تحقيق إبراهيم محمد سلقيني، دار الفكر - دمشق، الطبعة الأولى ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م.

٧٦-تذكرة الحفاظ، تأليف أبي عبد الله شمس الدين محمد الذهبي ت٧٤٨هـ ، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.

٧٧-ترتيب الفروق واختصارها، تأليف أبي عبد الله محمد بن إبراهيم البقوري ت٧٠٧هـ ، تحقيق عمر بن عباد، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - المملكة المغربية ١٤١٤هـ -١٩٩٤م.

٧٨-ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك، تأليف عياض بن موسى ابن عياض السبتي، تحقيق محمد بن تاويت الطبخي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - المملكة المغربية ١٤٠٣هـ -١٩٨٣م.

٧٩-التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، تأليف عبد القادر عودة ت١٣٧٣هـ ، مؤسسة الرسالة - بيروت - لبنان، الطبعة الرابعة عشرة ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م.

٨٠-تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، تأليف سامي حسن أحمد حمود، مطبعة الشرق - عمان، الطبعة الثانية ١٤٠٢هـ -١٩٨٢م.

٨١-التعريفات، للجرجاني الشريف علي بن محمد الجرجاني ت٨١٦هـ ، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الثالثة ١٤٠٨هـ -١٩٨٨م.

٨٢-تعليق الشيخ محمد بن صالح العثيمين ت١٤٢١هـ على قواعد ابن رجب، مطبوع مع كتاب تقرير القواعد وتحرير الفوائد لابن رجب الحنبلي ت٧٩٥هـ ، دار ابن عفان - الخبر - السعودية، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ -١٩٩٨م.

٨٣-التعليق المغني على الدارقطني، لأبي الطيب محمد آبادي ت١٣٢٩هـ ، مطبوع مع سنن الدارقطني، عالم الكتب - بيروت، الطبعة الثالثة ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.

٨٤-تغليق التعليق على صحيح البخاري، تأليف أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ت٨٥٢هـ ، دراسة وتحقيق سعيد عبد الرحمن موسى القزقي، المكتب الإسلامي ببيروت ودمشق، ودار عمار للنشر والتوزيع - عمان - الأردن، الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ -١٩٨٥م.

٨٥-التفريع، لأبي القاسم عبيد الله بن الحسين بن الحسن بن الجلاب البصري ت٣٧٨هـ ، تحقيق حسين بن سالم الدهماني، دار الغرب الإسلامي - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ -١٩٨٧م.

٨٦-تفسير الطبري المسمى جامع البيان في تأويل القرآن، تأليف أبي جعفر محمد ابن جرير الطبري ت٣١٠هـ ، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٢هـ -١٩٩٢م.

٨٧-تفسير القرآن الكريم، تأليف أبي الفداء إسماعيل بن كثير الدمشقي ت٧٧٤هـ ، دار الحديث - القاهرة، الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ -١٩٨٨م.
٨٨-تقريب التهذيب، تأليف أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ت٨٥٢هـ ، تحقيق أبي الأشبال صغير أحمد الباكستاني، دار العاصمة - الرياض، الطبعة الأولى ١٤١٦هـ .
٨٩-تقريب الوصول إلى علم الأصول، تأليف أبي القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي المالكي ت٧٤١هـ ، تحقيق محمد المختار الشنقيطي، مكتبة ابن تيمية - القاهرة، ومكتبة العلم - جدة.
٩٠-تقرير القواعد وتحرير الفوائد، تأليف زين الدين عبد الرحمن بن رجب الحنبلي ت٧٩٥هـ ، تحقيق أبي عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان - الخبر، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ -١٩٩٨م.
٩١-التقرير والتحبير، تأليف ابن أمير الحاج ت٨٧٩هـ ، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ -١٩٨٣م.
٩٢-تكملة المجموع، لتقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي ت٧٥٦هـ ، ومحمد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد - جدة - السعودية.
٩٣-تكملة معجم المؤلفين، لمحمد خير رمضان يوسف، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ -١٩٩٧م.
٩٤-التكميل، لمحمد بن أحمد زيدان ت١٣٢٥هـ ، مطبوع مع كتاب المنهج إلى المنهج إلى أصول المذهب المبرج، للمؤلف نفسه، تحقيق ونشر الحسين بن عبد الرحمن بن محمد الأمين الشنقيطي، دار الكتاب المصري - القاهرة، دار الكتاب اللبناني - بيروت.

٩٥-التكييف الشرعي للبطاقات المصرفية، إعداد عبد الستار علي قطان، مطبوعة ضمن سلسلة الاقتصاد الإسلامي، يصدرها بيت التمويل الكويتي.
٩٦-التلخيص، لابن القاص أبي العباس أحمد بن أبي أحمد الطبري ت٣٣٥هـ، تحقيق عادل عبد الموجود وعلي معوض، مكتبة نزار مصطفى الباز.
٩٧-التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، تأليف أحمد بن علي ابن حجر العسقلاني ت٨٥٢هـ ، اعتنى به أبو عاصم حسن بن عباس بن قطب، مكتبة قرطبة، الطبعة الأولى ١٤١٦هـ -١٩٩٥م.
٩٨-التلقين في الفقه المالكي، تأليف عبد الوهاب المالكي ت٤٢٢هـ ، تحقيق محمد ثالث سعيد الغاني، دار الفكر - بيروت - لبنان، ١٤١٥هـ -١٩٩٥م.
٩٩-التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه، لسعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني الشافعي ت٧٩٢هـ، ضبطه وخرج آياته وأحاديثه زكريا عميرات، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٦هـ -١٩٩٦م.
١٠٠- التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، تأليف جمال الدين أبي محمد عبد الرحيم الأسنوي ت٧٧٢هـ ، تحقيق محمد حسن هيتو، مؤسسة الرسالة - بيروت، ، الطبعة الثالثة ١٤٠٤هـ -١٩٨٤م.
١٠١- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تأليف أبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري القرطبي ت٤٦٣هـ ، تحقيق مصطفى بن أحمد العلوي وزملائه، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - المغرب، ١٣٨٧هـ -١٩٦٧م.
١٠٢- التنبيه في فروع الفقه الشافعي، تأليف أبي إسحاق الفيروزابادي الشيرازي ت٤٧٦هـ ، دار الفكر - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ -١٩٩٦م.

١٠٣- تهذيب الأسماء واللغات، لأبي زكريا محيي الدين ابن شرف النووي ت٦٧٦هـ، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.

١٠٤- تهذيب التهذيب، تأليف شهاب الدين أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ت٨٥٢هـ ، تحقيق مصطفى عبد القدر عطا، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ -١٩٩٤م.

١٠٥- تهذيب السنن، لابن قيم الجوزية ت٧٥١هـ ، مطبوع مع كتاب مختصر سنن أبي داود للمنذري، ومعالم السنن لأبي سليمان الخطابي، بتحقيق محمد حامد الفقي، دار المعرفة - بيروت - لبنان.

١٠٦- التهذيب في فقه الإمام الشافعي، تأليف أبي محمد الحسين بن مسعود البغوي ت٥١٦هـ ، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ -١٩٩٧م.

١٠٧- تهذيب الكمال في أسماء الرجال، تأليف جمال الدين أبي الحجاج يوسف المزي ت٧٤٢هـ ، تحقيق بشار عواد معروف، مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة الخامسة ١٤١٥هـ -١٩٩٤م.

١٠٨- تهذيب اللغة، لأبي منصور محمد بن أحمد الأزهري الهروي ت٣٧٠هـ ، تحقيق عبد السلام محمد هارون، المؤسسة المصرية العامة للتأليف والأنباء والنشر، الدار المصرية للتأليف والترجمة، دار القومية العربية للطباعة، شارع النزهة - ميدان الجيش، ١٣٨٤هـ -١٩٦٤م.

١٠٩- تيسير التحرير، شرح محمد أمين المعروف بأمير بادشاه الحسيني الحنفي الخراساني البخاري المكي ت٩٧٢هـ ، على كتاب التحرير في أصول الفقه الجامع بين اصطلاحي الحنفية والشافعية، لابن همام الاسكندري، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.

١١٠- تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، تأليف عبد الرحمن بن ناصر السعدي ت١٣٧٦هـ ، تحقيق عبد الرحمن بن معلا اللويحق، مؤسسة الرسالة - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ -٢٠٠٠م.

[ج]

١١١- جامع الأمهات، تأليف جمال الدين ابن عمر ابن الحاجب المالكي ت٦٤٦هـ، تحقيق أبي عبدالرحمن الأخضر الأخضري، اليمامة للطباعة والنشر - دمشق، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ -١٩٩٨م.

١١٢- جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم، لزين الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن شهاب الدين بن أحمد بن رجب الحنبلي البغدادي ت٧٩٥هـ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت - لبنان، ١٤٠٩هـ -١٩٨٨م.

١١٣- جامع الفصولين، لمحمود بن إسرائيل الشهير بابن قاضي سماونة ت٨٢٣هـ، وبهامشه الحواشي الرقيقة والتعاليق الأنيقة لخير الدين الرملي، المطبعة الكبرى الميرية ببولاق - مصر، الطبعة الأولى ١٣٠٠هـ .

١١٤- الجامع لأحكام القرآن، تأليف أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي ت٦٧١هـ ، دار الكتب العلمية -بيروت- لبنان، الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ -١٩٨٨م.

١١٥- الجرح والتعديل، تأليف أبي محمد عبد الرحمن بن أبي حاتم ت٣٢٧هـ ، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.

١١٦- الجناية بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، إعداد مسفر عزم الله الدميني، بحث قدم لنيل الشهادة العالية من كلية الشريعة بالرياض، لعام ١٣٩٢هـ -١٣٩٣هـ .

١١٧- جواهر الإكليل شرح مختصر العلامة الشيخ خليل في مذهب الإمام مالك إمام دار التنزيل، لصالح عبد السميع الآبي الأزهري، إشراف مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت - لبنان، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م.

١١٨- الجواهر المضية في طبقات الحنفية، لمحيي الدين أبي محمد عبد القادر بن محمد بن محمد بن نصر الله بن سالم بن أبي الوفاء القرشي الحنفي ت٧٧٥هـ ، تحقيق عبد الفتاح محمد الحلو، هجر للطباعة والنشر، الطبعة الثانية ١٤١٣هـ -١٩٩٣م.

١١٩- الجواهر والدرر في ترجمة شيخ الإسلام ابن حجر، تأليف شمس الدين محمد بن عبد الرحمن السخاوي ت٩٠٢هـ ، تحقيق إبراهيم باجس عبدالمجيد، دار ابن حزم- بيروت - لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ-١٩٩٩م.

١٢٠- الجوهر النقي، لعلاء الدين بن علي بن عثمان المارديني الشهير بابن التركماني ت٧٤٥هـ ، مطبوع مع السنن الكبرى للبيهقي، دار المعرفة - بيروت - لبنان، ١٤١٣هـ-١٩٩٢م.

[ح]

١٢١- حاشيتا قليوبي ت١٠٦٩هـ وعميرة ت٩٥٧هـ ، شركة مكتبة ومطبعة أحمد بن سعد ابن نبهان وأولاده، الطبعة الرابعة ١٣٩٤هـ-١٩٧٤م.

١٢٢- حاشية محمد البناني ت١١٩٤هـ ، مطبوع مع شرح الزرقاني على مختصر خليل، دار الفكر - بيروت.

١٢٣- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تأليف شمس الدين محمد عرفة الدسوقي ت١٢٣٠هـ ، دار إحياء الكتب العربية.

١٢٤- حاشية رد المحتار، تأليف محمد أمين الشهير بابن عابدين ت١٢٥٢هـ ، دار الفكر، الطبعة الثانية ١٣٨٦هـ -١٩٦٦م.
١٢٥- حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، تأليف عبد الرحمن محمد بن قاسم العاصمي النجدي الحنبلي ت١٣٩٢هـ ، الطبعة الرابعة ١٤١٠هـ .
١٢٦- حاشية سعدي جلبي ت ٩٤٥هـ ، مطبوع مع فتح القدير، دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان.
١٢٧- حاشية الشرواني على تحفة المحتاج، لعبد الحميد الشرواني، مطبوع مع حاشية العبادي.
١٢٨- حاشية الشيخ شهاب الدين أحمد الشلبي، مطبوع مع تبيين الحقائق للزيلعي، دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت - لبنان.
١٢٩- حاشية الشيخ علي العدوي ت١١٨٩هـ ، مطبوع مع كتاب الخرشي على مختصر سيدي خليل، دار صادر - بيروت.
١٣٠- حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، لحسن بن محمد العطار ت١٢٥٠هـ ، دار الكتب العلمية - بيروت.
١٣١- الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، تصنيف أبي الحسن علي ابن محمد بن حبيب الماوردي البصري ت٤٥٠هـ ، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ -١٩٩٤م.
١٣٢- الحقوق المعنوية (بيع الاسم التجاري)، إعداد عجيل جاسم النشمي، مطبوع ضمن مجلة الفقه الإسلامي، الدورة الخامسة - جدة، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م.

١٣٣- حلية الأولياء وطبقات الأصفياء، لأبي نعيم أحمد بن عبد الله الأصبهاني ت٤٣٠هـ، دار الكتاب العربي - بيروت - لبنان، الطبعة الثانية ١٣٨٧هـ -١٩٦٧.

١٣٤- حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء، تأليف أبي بكر محمد بن أحمد الشاشي ت٥٠٧هـ ، تحقيق سعيد عبد الفتاح، مكتبة نزار مصطفى الباز - الرياض، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ -١٩٩٧م.

١٣٥- حلية الفقهاء، تأليف أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا الرازي ت٣٩٥هـ ، تحقيق عبد الله التركي، الشركة المتحدة للتوزيع - بيروت، الطبعة الأولى ١٤٠٣هـ -١٩٨٣م.

١٣٦- الحيازة في العقود في الفقه الإسلامي، تأليف نزيه حماد، مكتبة دار لبنان - دمشق، الطبعة الأولى ١٣٩٨هـ -١٩٧٨م.

١٣٧- الخرشي على مختصر سيدي خليل، وبهامشه حاشية علي العدوي، دار صادر - بيروت.

[د]

١٣٨- درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تأليف علي حيدر، تعريب المحامي فهمي الحسيني، طبعة دار الجيل - بيروت، الطبعة الأولى ١٤١١هـ -١٩٩١م.

١٣٩- الدرر السنية في الأجوبة النجدية، جمع عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي ت١٣٩٢هـ ، الطبعة الخامسة ١٤١٤هـ -١٩٩٤م.

١٤٠- الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة، تأليف أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ت٨٥٢هـ ، دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان.

١٤١- الدر المختار شرح تنوير الأبصار، لمحمد علاء الدين الحصكفي ت١٠٨٨هـ، مطبوع مع حاشية رد المحتار لابن عابدين ت١٢٥٢هـ ، دار الفكر، الطبعة الثانية ١٣٨٦هـ -١٩٦٦م.

١٤٢- الدر المنثور في التفسير بالمأثور، لجلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي ت٩١١هـ ، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى ١٤١١هـ -١٩٩٠م.

١٤٣- الدليل الماهر الناصح شرح المجاز الواضح في قواعد المذهب الراجح، لمحمد محيي الدين الولاتي ت١٣٣٠هـ ، مطبوع بالآلة الكاتبة.

١٤٤- الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، تأليف إبراهيم بن نور الدين المعروف بابن فرحون المالكي ت٧٩٩هـ ، دراسة وتحقيق مأمون بن محيي الدين الجنان، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ -١٩٩٦م.

[ذ]

١٤٥- الذخيرة، لأحمد بن إدريس القرافي ت٦٨٤هـ ، تحقيق محمد بو خبزة، دار الغرب الإسلامي - بيروت، الطبعة الأولى ١٩٩٤م.

١٤٦- الذيل على طبقات الحنابلة، لعبد الرحمن بن شهاب الدين أحمد البغدادي المعروف بابن رجب ت٧٩٥هـ ، دار المعرفة - بيروت - لبنان.

١٤٧- الذيل على العبر في خبر من غبر، تأليف ولي الدين أبي زرعة أحمد بن عبدالرحيم بن الحسين ابن العراقي ت٨٢٦هـ، حققه وعلق عليه: صالح مهدي عبّاس، مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة الأولى ١٤٠٩هـ -١٩٨٩م.

[ر]

١٤٨- رؤوس المسائل (المسائل الخلافية بين الحنفية والشافعية)، لمحمود بن عمر الزمخشري ت٥٣٨هـ ، دراسة وتحقيق عبد الله نذير أحمد، دار البشائر الإسلامية، الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ -١٩٨٧م.

١٤٩- رسالة في القواعد الفقهية، تأليف عبد الرحمن بن ناصر السعدي ت١٣٧٦هـ ، مكتبة ابن الجوزي - الأحساء - الدمام، ١٤١٠هـ -١٩٨٩م.

١٥٠- الرسالة، لمحمد بن إدريس الشافعي ت٢٠٤هـ ، تحقيق وشرح أحمد محمد شاكر، المكتبة العلمية - بيروت - لبنان.

١٥١- الروض المربع شرح زاد المستقنع، لمنصور بن يونس البهوتي ت١٠٥١هـ ، خرج أحاديثه عبد القدوس محمد، دار المؤيد - الرياض، الطبعة الثانية ١٤١٨هـ -١٩٩٧م.

١٥٢- الروض المربع شرح زاد المستقنع لمنصور البهوتي ت١٠٥١هـ ، مطبوع مع حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع لعبد الرحمن بن محمد بن قاسم النجدي ت١٣٩٢هـ ، الطبعة الرابعة ١٤١٠هـ .

١٥٣- روضة الطالبين وعمدة المفتين، ليحيى بن شرف النووي ت٦٧٦هـ ، المكتب الإسلامي - بيروت، الطبعة الثالثة ١٤١٢هـ -١٩٩١م.

١٥٤- روضة الناظر وجنة المناظر، تأليف عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ت٦٢٠هـ ، حققه وعلق عليه عبد الكريم بن علي النملة، مكتبة الرشد - الرياض، الطبعة الثانية ١٤١٤هـ -١٩٩٣م.

[ز]

١٥٥- زاد المستقنع في اختصار المقنع، لشرف الدين أبي النجا الحجاوي ت٩٦٨هـ، دار الصميعي للنشر - الرياض، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ -١٩٩٨م.

١٥٦- زاد المعاد في هدي خير العباد، لابن قيم الجوزية ت٧٥١هـ ، حققه وعلق عليه شعيب الأرنؤوط وعبد القادر الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، الطبعة الخامسة عشر ١٤٠٧هـ -١٩٨٧م.

١٥٧- الزاهر في غريب ألفاظ الإمام الشافعي، لأبي منصور محمد بن أحمد الأزهري ت٣٧٠هـ ، دراسة وتحقيق عبد المنعم طوعي بشنّاتي، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ -١٩٩٨م.

١٥٨- زوائد ابن ماجه على الكتب الخمسة، لأحمد بن أبي بكر البوصيري ت٨٤٠هـ ، صححه وعلق عليه محمد مختار حسين، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ -١٩٩٣م.

[س]

١٥٩- السحب الوابلة على ضرائح الحنابلة، تأليف محمد بن عبدالله بن حميد النجدي ت١٢٩٥هـ ، تحقيق بكر بن عبد الله أبو زيد، وعبد الرحمن بن سليمان العثيمين، مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٦هـ -١٩٩٦م.

١٦٠- السراج الوهاج، تأليف محمد الزهري الغمراوي، دار الجيل - بيروت - لبنان، ١٤٠٨هـ -١٩٨٧م.

١٦١- سلسلة الأحاديث الصحيحة، لمحمد ناصر الدين الألباني ت١٤٢٠هـ ، مكتبة المعارف - الرياض، الطبعة الرابعة ١٤٠٨هـ -١٩٨٨م.

١٦٢- سنن ابن ماجه، لمحمد بن يزيد القزويني ت٢٧٥هـ ، تحقيق خليل مأمون شيحا، دار المعرفة - بيروت - لبنان، الطبعة الثانية ١٤١٨هـ -١٩٩٧م.

١٦٣- سنن أبي داود، تأليف أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني ت٢٧٥هـ ، إعداد وتعليق عزت عبيد الدعاس وعادل السيد، دار الحديث - حمص - سورية، الطبعة الأولى ١٣٨٩هـ .

١٦٤- سنن الترمذي (الجامع الصحيح)، تأليف أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة ت٢٧٩هـ ، تحقيق أحمد محمد شاكر، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.

١٦٥- سنن الدارقطني، تأليف علي بن عمر الدارقطني ت٣٨٥هـ ، عالم الكتب - بيروت، الطبعة الثالثة ١٤١٣هـ -١٩٩٣م.

١٦٦- السنن الكبرى، لأبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي ت٤٥٨هـ ، دار المعرفة - بيروت - لبنان.

١٦٧- السنن الكبرى، لأبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي ت٣٠٣هـ ، تحقيق حسن عبد المنعم شلبي، مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ -٢٠٠١م.

١٦٨- سنن النسائي، لأحمد بن شعيب النسائي ت ٣٠٣هـ ، تحقيق مكتب تحقيق التراث الإسلامي، دار المعرفة - بيروت - لبنان، الطبعة الرابعة ١٤١٨هـ -١٩٩٧م.

١٦٩- سير أعلام النبلاء، تأليف شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي ت٧٤٨هـ ، مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة السابعة ١٤١٠هـ -١٩٩٠م.

١٧٠- السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، تأليف محمد بن علي الشوكاني ت١٢٥٠هـ ، تحقيق محمود إبراهيم زايد، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ -١٩٨٥م.

[ش]

١٧١- شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، تأليف محمد بن محمد مخلوف ت ١٣٦٠هـ، دار الفكر للطباعة والنشر - بيروت.

١٧٢- شذرات الذهب في أخبار من ذهب، لابن عماد الحنبلي ت١٠٨٩هـ، دار إحياء التراث العربي - بيروت.

١٧٣- شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول، ألفه أحمد بن إدريس القرافي ت٦٨٤هـ، حققه طه عبدالرؤوف، دار عطوه للطباعة ١٤١٤هـ.

١٧٤- شرح حدود ابن عرفة، لمحمد الأنصاري الرصاع ت٨٩٤هـ، تحقيق محمد أبو الأجفان والطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى ١٩٩٣م.

١٧٥- شرح الزرقاني على خليل، لعبد الباقي الزرقاني ت١٠٩٩هـ، دار الفكر - بيروت.

١٧٦- شرح الزركشي على مختصر الخرقي في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تأليف شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي ت٧٧٢هـ، تحقيق عبد الله بن عبد الرحمن بن عبد الله الجبرين، دار أولي النهى - بيروت، الطبعة الثانية ١٤١٤هـ-١٩٩٣م.

١٧٧- شرح السنة، تأليف الحسين بن مسعود البغوي ت٥١٦هـ، حققه وعلق عليه شعيب الأرنؤوط، المكتب الإسلامي - بيروت ودمشق، الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م.

١٧٨- شرح صحيح مسلم، ليحيى بن شرف النووي ت٦٧٦هـ، دار الريان للتراث - القاهرة، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ-١٩٨٧.

١٧٩- الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، تأليف أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير ت١٢٠١هـ ، ومعه حاشية أحمد ابن محمد الصاوي المالكي، خرج أحاديثه وفهرسه: مصطفى كمال وصفي، دارالمعارف بمصر، ١٣٩٢هـ.

١٨٠- شرح القواعد الفقهية، تأليف أحمد بن محمد الزرقا ت ١٣٥٧هـ ، صححه وعلق عليه مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم - دمشق، الطبعة الثالثة ١٤١٤هـ -١٩٨٩م.

١٨١- الشرح الكبير، لأحمد الدردير ت١٢٠١هـ ، مطبوع مع حاشية الدسوقي ت١٢٣٠هـ ، دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي وشركاؤه.

١٨٢- الشرح الكبير، لعبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة ت٦٨٢هـ ، مطبوع مع المقنع لابن قدامة ت٦٢٠هـ ، والإنصاف للمرداوي ت٨٨٥هـ ، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، هجر للطباعة والنشر، الطبعة الأولى ١٤١٦هـ -١٩٩٦م.

١٨٣- شرح الكوكب المنير، تأليف محمد بن أحمد المعروف بابن النجار ت ٩٧٢هـ ، تحقيق محمد الزحيلي ونزيه حماد، جامعة أم القرى، الطبعة الثانية ١٤١٣هـ.

١٨٤- شرح اللمع لأبي إسحاق الشيرازي ت٤٧٦هـ، تحقيق عبدالمجيد تركي، دار الغرب الإسلامي - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ -١٩٨٨م.

١٨٥- شرح المجلة، لسليم رستم باز اللبناني ت١٣٣٨هـ ، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الثالثة ١٤٠٦هـ -١٩٨٦م.

١٨٦- شرح مختصر الروضة، تأليف سليمان بن عبدالقوي الطوفي ت٧١٦هـ، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة ١٤١٩هـ -١٩٩٨م.

١٨٧- شرح مشكل الآثار، تأليف أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي ت٣٢١هـ ، تحقيق شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ -١٩٩٤م.

١٨٨- شرح معاني الآثار، لأحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي ت٣٢١هـ ، تحقيق محمد زهري النجار، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الثالثة ١٤١٩هـ -١٩٩٩م.

١٨٩- الشرح الممتع على زاد المستقنع، للشيخ محمد بن عثيمين ت١٤٢١هـ، إخراج سليمان بن عبد الله أبا الخيل وخالد بن علي المشيقح، مؤسسة آسام - الرياض، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ .

١٩٠- شرح منتهى الإرادات المسمى: دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، لمنصور ابن يونس بن إدريس البهوتي ت١٠٥١هـ ، المكتبة السلفية - باب الرحمة بالمدينة المنورة.

١٩١- شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، لأحمد بن علي المنجور ت٩٩٥هـ ، دراسة وتحقيق محمد الشيخ محمد الأمين، دار عبد الله الشنقيطي للطباعة والنشر.

[ص]

١٩٢- الصحاح: تاج اللغة وصحاح العربية، تأليف إسماعيل ابن حماد الجوهري ت٣٩٣هـ، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين - بيروت، الطبعة الثانية ١٣٩٩هـ -١٩٧٩م.

١٩٣- صحيح ابن حبان (الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان)، للأمير علاء الدين علي ابن بلبان الفارسي ت٧٣٩هـ ، تحقيق شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ -١٩٨٨م.

١٩٤- صحيح ابن خزيمة، لمحمد بن إسحاق بن خزيمة النيسابوري ت٣١١هـ ، حققه وعلق عليه محمد مصطفى الأعظمي، المكتب الإسلامي - بيروت، الطبعة الثانية ١٤١٢هـ -١٩٩٢م.

١٩٥- صحيح البخاري، لمحمد بن إسماعيل البخاري ت٢٥٦هـ ، تحقيق محب الدين الخطيب، دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى ١٤٠٠هـ .

١٩٦- صحيح الجامع الصغير وزياداته، تأليف محمد ناصر الدين الألباني ت١٤٢٠هـ، المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية ١٤٠٦هـ -١٩٨٦م.

١٩٧- صحيح سنن ابن ماجه، تأليف محمد ناصر الدين الألباني ت١٤٢٠هـ، مكتب التربية العربي - الرياض، الطبعة الثانية ١٤٠٨هـ -١٩٨٧م.

١٩٨- صحيح سنن أبي داود باختصار السند، صحح أحاديثه، محمد ناصر الدين الألباني ت١٤٢٠هـ ، اختصر أسانيده وعلق عليه وفهرسه زهير الشاويش، مكتب التربية العربي لدول الخليج، توزيع المكتب الإسلامي - بيروت، الطبعة الأولى ١٤٠٩هـ -١٩٨٩م.

١٩٩- صحيح سنن النسائي، صحح أحاديثه محمد ناصر الدين الألباني ت١٤٢٠هـ ، مكتب التربية العربي لدول الخليج، الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.

٢٠٠- صحيح مسلم، لمسلم بن حجاج القشيري النيسابوري ت٢٦١هـ، دار الريان للتراث، الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ -١٩٩٧م.

[ض]

٢٠١- الضرر في الفقه الإسلامي، لأحمد موافى، دار ابن عفان للنشر والتوزيع - الخبر - المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ -١٩٩٧م.

٢٠٢- ضعيف سنن ابن ماجه، تأليف محمد ناصر الدين الألباني ت١٤٢٠هـ، مكتب التربية العربي لدول الخليج، الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ -١٩٨٨م.

٢٠٣- ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، لمحمد أحمد سراج، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ -١٩٩٣هـ .

٢٠٤- الضمان في الفقه الإسلامي، تأليف علي الخفيف، دار الفكر العربي.

٢٠٥- ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي، تأليف سليمان محمد أحمد، مطبعة السعادة، الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ -١٩٨٥م.

[ط]

٢٠٦- طبقات الحفاظ، لجلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي ت٩١١هـ ، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الثانية ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.

٢٠٧- طبقات الحنابلة، لأبي الحسين محمد بن أبي يعلى ت٥٢٦هـ ، دار المعرفة - بيروت - لبنان.

٢٠٨- طبقات الشافعية، لأبي بكر ابن أحمد بن محمد بن عمر بن محمد تقي الدين ابن قاضي شهبة الدمشقي ت٨٥١هـ ، اعتنى بتصحيحه وعلق عليه: الحافظ عبد العليم خان، مؤسسة دار الندوة الجديدة للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت - لبنان، ١٤٠٧هـ -١٩٨٧م.

٢٠٩- طبقات الشافعية، لأبي بكر ابن هداية الله الحسيني، الملقب بالمصنف ت١٠١٤هـ ، مطبوع مع طبقات الفقهاء لأبي إسحاق الشيرازي، دار القلم - بيروت - لبنان.

٢١٠- طبقات الشافعية، تأليف عبد الرحيم الأسنوي ت٧٧٢هـ ، بعناية كمال يوسف الحوت، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ -١٩٨٧م.

٢١١- طبقات الشافعية الكبرى، لتاج الدين أبي نصر عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي ت٧٧١هـ ، تحقيق عبد الفتاح محمد الحلو ومحمود محمد الطناحي، دار إحياء الكتب العربية لفيصل عيسى البابي الحلبي.

٢١٢- طبقات الفقهاء، لأبي إسحاق الشيرازي ت٤٧٦هـ ، تصحيح ومراجعة خليل الميس، دار القلم - بيروت - لبنان.

٢١٣- الطبقات الكبرى، لمحمد بن سعد بن منيع الهاشمي البصري، المعروف بابن سعد ت٢٣٠هـ ، دراسة وتحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٠هـ -١٩٩٠م.

٢١٤- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، لأبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي: ابن قيم الجوزية ت٧٥١هـ ، بتحقيق محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.

[ع]

٢١٥- عدة البروق في جمع ما في المذهب من الجموع والفروق، لأبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي ت٩١٤هـ ، دراسة وتحقيق حمزة أبو فارس، دار الغرب الإسلامي - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٠هـ -١٩٩٠م.

٢١٦- العرف - حجيته وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة، تأليف عادل بن عبد القادر بن محمد وليّ قوته، المكتبة المكية - مكة المكرمة - السعودية، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ -١٩٩٧م.

٢١٧- العرف والعادة، لأحمد فهمي أبو سنة، مطبعة الأزهر - القاهرة، ١٩٤٧م.

٢١٨- العزيز شرح الوجيز، المعروف بالشرح الكبير، تأليف أبي القاسم عبدالكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي ت٦٢٣هـ، تحقيق وتعليق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ -١٩٩٧م.

٢١٩- عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، تأليف جلال الدين عبد الله ابن نجم بن شاس ت٦١٦هـ ، تحقيق محمد أبو الأجفان وعبد الحفيظ منصور، دارالغرب الإسلامي، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ -١٩٩٥م.

٢٢٠- العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام، تأليف أبي محمد عبد الله بن سلمون الكناني ت٧٦٧هـ ، مطبوع مع كتاب تبصرة الحكام لابن فرحون، المطبعة العامرة الشرفية بمصر، الطبعة الأولى ١٣٠١هـ ، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.

٢٢١- علماء نجد خلال ثمانية قرون، تأليف عبد الله بن عبد الرحمن بن صالح آل بسام، دار العاصمة للنشر والتوزيع - الرياض - السعودية، الطبعة الثانية ١٤١٩هـ .

٢٢٢- علماء ومفكرون عرفتهم، لمحمد المجذوب، دار الشواف للنشر والتوزيع - الرياض - العليا، الطبعة الرابعة ١٩٩٢م.

٢٢٣- العناية على الهداية، لأكمل الدين محمد بن محمود البابرتي ت٧٨٦هـ، مطبوع مع فتح القدير لابن الهمام، دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان.

٢٢٤- عوارض الأهلية عند الأصوليين، تأليف حسين خلف الجبوري، مركز بحوث الدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى - مكة المكرمة، الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ -١٩٨٨م.

٢٢٥- عون المعبود شرح سنن أبي داود، لأبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي ت١٣٢٩هـ ، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٠هـ -١٩٩٠م.

[غ]

٢٢٦- الغاية القصوى في دراية الفتوى، تأليف عبد الله بن عمر البيضاوي ت٦٨٥هـ، دراسة وتحقيق وتعليق علي محيي الدين علي القره داغي، ساعدت اللجنة الوطنية الاحتفال بمطلع القرن الخامس عشر الهجري في الجمهورية العراقية على طبعه.

٢٢٧- غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم، تأليف أحمد بن محمد الحنفي الحموي ت ١٠٩٨هـ ، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ -١٩٨٥م.

[ف]

٢٢٨- فتاوى إسلامية، لأصحاب الفضيلة العلماء: عبد العزيز بن عبد الله بن باز ومحمد ابن صالح العثيمين وعبد الله بن عبد الرحمن الجبرين، إضافة إلى اللجنة الدائمة وقرارات المجمع الفقهي، جمع وترتيب محمد بن عبد العزيز المسند، دار الوطن - الرياض - السعودية، الطبعة الثانية ١٤١٤هـ -١٩٩٤م.

٢٢٩- الفتاوى البزازية، لحافظ الدين محمد بن محمد بن شهاب، المعروف بابن البزاز الكردي الحنفي ت٨٢٧هـ ، مطبوع مع كتاب الفتاوى الهندية، المكتبة الإسلامية - دياربكر - تركيا، الطبعة الثالثة ١٣٩٣هـ -١٩٧٣م.

٢٣٠- فتاوى الرملي المسماة الفتاوى الخيرية لنفع البرية على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، مطبعة عثمانية ١٣١١هـ .

٢٣١- الفتاوى السعدية، تأليف عبد الرحمن الناصر السعدي ت١٣٧٦هـ ، مكتبة المعارف - الرياض، الطبعة الثانية ١٤٠٢هـ -١٩٨٢م.

٢٣٢- الفتاوى السعدية، لعبد الرحمن بن ناصر السعدي ت١٣٧٦هـ ، مطبوعة ضمن المجموعة الكاملة لمؤلفات الشيخ عبد الرحمن بن ناصر السعدي، مركز صالح بن صالح الثقافي بعنيزة - المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية ١٤١٢هـ -١٩٩٢م.

٢٣٣- الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية، تصدر عن هيئة الفتوى والرقابة الشرعية لبيت التمويل الكويتي.

٢٣٤- الفتاوى الشرعية في المسائل العصرية من فتاوى علماء البلد الحرام، إعداد خالد الجريسي، الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ -١٩٩٩م.

٢٣٥- فتاوى الشيخ محمد الصالح العثيمين ت١٤٢١هـ ، إعداد وترتيب أشرف ابن عبد المقصود بن عبد الرحيم، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض - السعودية، الطبعة الرابعة ١٤١٤هـ -١٩٩٤م.

٢٣٦- فتاوى مصطفى الزرقا، اعتنى بها مجد أحمد مكّي، دار القلم - دمشق، الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ -١٩٩٩م.

٢٣٧- الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، تأليف الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، وبهامشه فتاوى قاضيخان والفتاوى البزازية، المكتبة الإسلامية - دياربكر - تركيا، الطبعة الثالثة ١٣٩٣هـ -١٩٧٣م.

٢٣٨- فتح الباري بشرح صحيح البخاري، لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني ت٨٥٢هـ ، رقّم كتبه وأبوابه وأحاديثه محمد فؤاد عبد الباقي، دار الريان للتراث - القاهرة، الطبعة الثانية ١٤٠٩هـ -١٩٨٨م.

٢٣٩- الفتح الرباني لترتيب مسند الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، مع شرحه بلوغ الأماني من أسرار الفتح الرباني، كلاهما تأليف أحمد عبد الرحمن البنا ت١٣٧١هـ ، دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان.

٢٤٠- فتح القدير، تأليف محمد بن عبد الواحد بن الهمام ت٦٨١هـ ، دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان.

٢٤١- فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، تأليف محمد بن علي ابن محمد الشوكاني ت١٢٥٠هـ ، تحقيق وتعليق سعيد محمد اللحام، المكتبة التجارية لصاحبها مصطفى أحمد الباز، مكة المكرمة.

٢٤٢- الفتح المبين لشرح الأربعين، لأحمد بن حجر الهيثمي ت٩٧٤هـ ، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، ١٣٩٨هـ -١٩٧٨م.

٢٤٣- الفرائد البهية في القواعد والفوائد الفقهية، لمحمود حمزة ت١٣٠٥هـ ، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر - دمشق - سورية، الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ -١٩٨٦م.

٢٤٤- الفروع، لشمس الدين المقدسي أبي عبد الله محمد بن مفلح ت٧٦٣هـ، راجعه عبد الستار أحمد فراج، عالم الكتب -بيروت- لبنان، الطبعة الرابعة ١٤٠٥هـ -١٩٨٥م.

٢٤٥- الفروق، لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي، المشهور بالقرافي ت٦٨٤هـ ، عالم الكتب - بيروت - لبنان.

٢٤٦- الفعل الضار والضمان فيه، لمصطفى أحمد الزرقا ت١٤٢٠هـ ، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع - دمشق - حلبوني، الطبعة الأولى ١٤٠٩هـ -١٩٨٨م.

٢٤٧- الفقه الإسلامي والحقوق المعنوية، إعداد عبد السلام داود العبادي، مطبوع ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي، المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، ١٤٠٩هـ -١٩٨٨م.

٢٤٨- الفوائد البهية في تراجم الحنفية، تأليف أبي الحسنات محمد عبد الحي اللكنوي الهندي ت١٣٠٤هـ ، مع التعليقات السنية على الفوائد البهية للمؤلف المذكور، عني بتصحيحه محمد بدر الدين أبو فراس النفساني، دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت - لبنان.

٢٤٩- الفوائد الجنية -حاشية المواهب السنية شرح الفرائد البهية في نظم القواعد الفقهية في الأشباه والنظائر على مذهب الشافعية، تأليف أبي الفيض محمد ياسين بن عيسى الفاداني المكي ت١٤١٠هـ ، اعتنى بتصحيحه وقدم له رمزي سعد الدين دمشقية، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، الطبعة الثانية ١٤١٧هـ -١٩٩٦م.

٢٥٠- الفوائد الزينية في مذهب الحنفية، تأليف زين الدين بن إبراهيم، المعروف بابن نجيم الحنفي ت٩٧٠هـ ، قدم له واعتنى به أبو عبيدة مشهور ابن حسن آل سلمان، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، الدمام - المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ -١٩٩٤م.

[ق]

٢٥١- القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، لسعدي أبو جيب، دار الفكر - دمشق - سوريا، الطبعة الثانية ١٤٠٨هـ -١٩٨٨م.

٢٥٢- القاموس المحيط، تأليف: مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي ت٨١٧هـ ، تحقيق مكتب التراث في مؤسسة الرسالة، مؤسسة الرسالة - بيروت - لبنان، الطبعة الثانية ١٤٠٧هـ -١٩٨٧م.

٢٥٣- قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي - جدة، للدورات ١-١٠، القرارات ١-٩٧، دار القلم - دمشق، دار البشير - جدة، الطبعة الثانية ١٤١٨هـ -١٩٩٨م.

٢٥٤- القصاص والديات في الشريعة الإسلامية، تأليف عبد الكريم زيدان، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ -١٩٩٨هـ.

٢٥٥- قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، تأليف نزيه حماد، دار القلم - دمشق، الطبعة الأولى ١٤٢١هـ -٢٠٠١م.

٢٥٦- قواعد الأحكام في إصلاح الأنام، تأليف عز الدين عبد العزيز بن عبدالسلام ت٦٦٠هـ ، تحقيق نزيه كمال حماد وعثمان جمعة ضميرية، دار القلم - دمشق، دار البشير - جدة، الطبعة الأولى ١٤٢١هـ -٢٠٠٠م.

٢٥٧- القواعد، تأليف أبي بكر بن محمد بن عبد المؤمن، المعروف بتقي الدين الحصني ت٨٢٩هـ ، دراسة وتحقيق عبد الرحمن بن عبد الله الشعلان وجبريل بن محمد البصيلي، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع - الرياض - السعودية، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ -١٩٩٧م.

٢٥٨- القواعد، تأليف أبي عبد الله محمد بن محمد بن أحمد المقّري ت٧٥٨هـ، تحقيق ودراسة أحمد بن عبد الله بن حميد، مركز إحياء التراث الإسلامي، جامعة أم القرى - مكة المكرمة.

٢٥٩- قواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي، تأليف محمد الروكي، دار القلم - دمشق، مجمع الفقه الإسلامي - جدة، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ -١٩٩٨م.

٢٦٠- القواعد الفقهية، تأليف علي أحمد الندوي، دار القلم - دمشق، الطبعة الثانية ١٤١٢هـ -١٩٩١م.

٢٦١- القواعد الفقهية، لمحمد بن صالح العثيمين، دار البصيرة - الاسكندرية، دار الآثار - صنعاء.

٢٦٢- القواعد الفقهية، ليعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، مكتبة الرشد - الرياض - السعودية، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ -١٩٩٨م.

٢٦٣- القواعد الكبرى في الفقه الإسلامي، إعداد عبد الله بن عبد العزيز العجلان، ١٤١٦هـ.

٢٦٤- القواعد الكلية والضوابط الفقهية، تصنيف جمال الدين يوسف بن الحسن بن عبد الهادي الدمشقي الحنبلي ت٩٠٩هـ، تحقيق وتعليق جاسم ابن سليمان الفهيد الدوسري، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع- بيروت - لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ -١٩٩٤م.

٢٦٥- القواعد النورانية الفقهية، تأليف شيخ الإسلام ابن تيمية ت٧٢٨هـ، تحقيق محمد حامد الفقي، مكتبة المعارف - الرياض - السعودية، الطبعة الثانية ١٤٠٤هـ -١٩٨٣م.

٢٦٦- القواعد والأصول الجامعة والفروق والتقاسيم البديعة النافعة، تأليف عبد الرحمن بن ناصر السعدي ت١٣٧٦هـ ، اعتنى بتحقيقه خالد بن علي ابن محمد المشيقح، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، الدمام - المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى ١٤٢١هـ .

٢٦٧- القواعد والفوائد الأصولية وما يتعلق بها من الأحكام الفرعية، لأبي الحسن علاء الدين علي بن عباس بن اللحام البعلي الحنبلي ت٨٠٣هـ ، بتحقيق وتصحيح محمد حامد الفقي، مكتبة السنة المحمدية - القاهرة.

٢٦٨- قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية، تأليف محمد بن أحمد ابن جزي الغرناطي المالكي ت٧٤١هـ ، تحقيق ومراجعة وتقديم عبد الرحمن حسن محمود، عالم الفكر - ميدان سيدنا الحسين - الأزهر الشريف، الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ ،١٤٠٦-١٩٨٥م.

٢٦٩- القول المفيد على كتاب التوحيد، شرح محمد بن صالح العثيمين ت١٤٢١هـ ، اعتنى به سليمان بن عبدالله أبا الخيل وخالد بن علي المشيقح، دار العاصمة - الرياض - السعودية، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ .

٢٧٠- قيود الملكية الخاصة، تأليف عبد الله بن عبد العزيز المصلح، مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ -١٩٨٨م.

[ك]

٢٧١- الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، تأليف أبي عمر يوسف بن عبد الله ابن محمد بن عبد البر النمري القرطبي ت٤٦٣هـ ، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ -١٩٨٧م.

٢٧٢- الكافي، لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الدمشقي الصالحي الحنبلي ت٦٢٠هـ ، تحقيق عبد الله ابن عبدالمحسن التركي بالتعاون مع مركز البحوث والدراسات بدار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان - المهندسين - جيزة - مصر، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ -١٩٩٧م.
٢٧٣- كتاب الحدود من الحاوي الكبير، تأليف أبي الحسن على بن محمد بن حبيب الماوردي ت٤٥٠هـ ، تحقيق ودراسة إبراهيم بن علي صندقجي، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ -١٩٩٥م.
٢٧٤- كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، لمحمد بن علي التهانوي، تحقيق علي دحروج، مكتبة لبنان ناشرون - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى ١٩٩٦م.
٢٧٥- كشاف القناع عن متن الإقناع، لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي ت١٠٥١هـ ، راجعه وعلق عليه هلال مصيلحي مصطفى هلال، مكتبة النصر الحديثة - الرياض.
٢٧٦- كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، تأليف علاء الدين عبدالعزيز ابن أحمد البخاري ت٧٣٠هـ ، ضبط وتعليق وتخريج محمد المعتصم بالله البغدادي، دار الكتاب العربي - بيروت - لبنان، ١٤١٤هـ -١٩٩٤م.
٢٧٧- كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون لمصطفى بن عبد الله القسطنطيني الرومي الحنفي، الشهير بالملاّ كاتب الجلبي، والمعروف بحاجي خليفة ت١٠٦٧هـ ، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، ١٤١٣هـ -١٩٩٢م.
٢٧٨- الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة، لعلي أحمد السالوسي، مكتبة الفلاح - الكويت، توزيع دار الاعتصام - القاهرة، الطبعة الثانية ١٤٠٧هـ -١٩٨٧م.

٢٧٩- كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، تأليف تقي الدين أبي بكر بن محمد الحسيني الحصني الدمشقي الشافعي ت٨٢٩هـ ، تحقيق وتعليق كامل محمد محمد عويضة، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ -١٩٩٥م.

٢٨٠- الكفاية، لجلال الدين الخوارزمي الكرلاني على الهداية لأبي بكر المرغيناني، مطبوع مع فتح القدير لابن الهمام، دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان.

٢٨١- الكليات، لأيوب بن موسى الحسيني الكفوي ت١٠٩٤هـ، تحقيق عدنان درويش ومحمد المصري، مؤسسة الرسالة - بيروت، ١٤١٢هـ .

٢٨٢- الكواكب السائرة بأعيان المئة العاشرة، لنجم الدين الغزي ت١٠٦١هـ، حققه وضبط نصه جبرائيل سليمان جبور، دار الفكر، الناشر محمد أمين دمج وشركاؤه - بيروت - لبنان.

[ل]

٢٨٣- اللباب في الجمع بين السنة والكتاب، لأبي محمد علي بن زكريا المنبجي ت٦٨٦هـ ، تحقيق محمد فضل عبد العزيز المراد، دار القلم - دمشق، الدار الشامية - بيروت، الطبعة الثانية ١٤١٤هـ -١٩٩٤م.

٢٨٤- اللباب في الفقه الشافعي، تأليف أبي الحسن أحمد بن محمد بن أحمد الضبي المحاملي الشافعي ت٤١٥هـ ، حققه وعلق عليه وخرج أحاديثه عبدالكريم بن صنيتان العمري، نشر وتوزيع دار البخاري - المدينة المنورة، بريدة، الطبعة الأولى ١٤١٦هـ .

٢٨٥- لسان العرب، لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري ت٧١١هـ ، دار صادر - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٠هـ -١٩٩٠م.

[م]

٢٨٦- مؤسسة المسؤولية في الشريعة الإسلامية، تأليف عبد السلام التونجي، منشورات جمعيةالدعوة الإسلامية العالمية - طربلس - ليبيا، الطبعة الأولى ١٤١٣هـ -١٩٩٤م.

٢٨٧- المبدع في شرح المقنع، لأبي إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح المؤرخ الحنبلي ت٨٨٤هـ ، المكتب الإسلامي - بيروت، دمشق، ١٩٨٠م.

٢٨٨- المبسوط، لشمس الدين السرخسي ت٤٩٠هـ ، دارالمعرفة للطباعة والنشر - بيروت - لبنان، الطبعة الثالثة ١٣٩٨هـ -١٩٧٨م.

٢٨٩- مجامع الحقائق لمحمد الخادمي ت١١٧٦هـ ، مبطوع مع كتاب منافع الدقائق في شرح مجامع الحقائق، مطبعة الحاج محرم أفندي البوسنوي.

٢٩٠- مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، تأليف أحمد بن عبد الله القاري ت١٣٥٩هـ ، تحقيق عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان ومحمد إبراهيم أحمد علي، مطبوعات تهامة، الطبعة الأولى ١٤٠١هـ -١٩٨١م.

٢٩١- مجلة البحوث الإسلامية، مجلة دورية تصدر عن رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء - الرياض - السعودية.

٢٩٢- مجلة الحكمة، مجلة علمية شرعية تصدر كل أربعة أشهر، تعنى بالبحوث والدراسات الإسلامية وتحقيق المخطوطات، العدد الثاني ١٤١٤/٩/١هـ الموافق ١٩٩٤/٢/١٦م.

٢٩٣- مجلة مجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م.

٢٩٤- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد لنور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي ت٨٠٧ هـ ، بتحرير العراقي وابن حجر، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، ١٤٠٨هـ -١٩٨٨م.

٢٩٥- مجمع الضمانات في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، تأليف أبي محمد بن غانم بن محمد البغدادي، دراسة وتحقيق محمد أحمد سراج وعلي جمعة محمد، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة - القاهرة - مصر، الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ -١٩٩٩م.

٢٩٦- المجموع شرح المهذب للشيرازي، لأبي زكريا محيي الدين شرف النووي ت٦٧٦هـ ، حققه وعلق عليه وأكمله: محمد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد - جدة - السعودية.

٢٩٧- مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد ابن تيمية ت٧٢٨هـ ، جمع وترتيب عبد الرحمن ابن محمد بن قاسم، وساعده ابنه محمد، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريفة - المدينة المنورة، تحت إشراف وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد - السعودية، ١٤١٥هـ .

٢٩٨- مجموع فتاوى ورسائل فضيلة الشيخ محمد بن صالح العثيمين ت١٤٢١هـ ، جمع وترتيب فهد بن ناصر بن إبراهيم السليمان، دار الوطن للنشر - الرياض، الطبعة الأخيرة -١٤١٣هـ .

٢٩٩- المجموع المذهب في قواعد المذهب، لخليل بن كيكلدي العلائي ت٧٦١هـ، تحقيق الحسن بن أحمد الفكي، رسالة مقدمة لنيل درجة العالمية (ماجستير) في الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، ١٤١٤هـ ، لم ينشر بعد.

٣٠٠- المجموع المذهب في قواعد المذهب، لخليل بن كيكلدي العلائي ت٧٦١هـ، تحقيق سراج الدين بلال، رسالة مقدمة لنيل درجة العالمية (الماجستير)، من قواعد البيع إلى نهاية المخطوط، لم ينشر بعد.

٣٠١- المجموع المذهب في قواعد المذهب، لخليل بن كيكلدي العلائي ت٧٦١هـ، تحقيق محمد صالح فرج، رسالة مقدمة لنيل درجة العالمية (الماجستير) في الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة ١٤١٤هـ ، لم ينشر بعد.

٣٠٢- المحلى بالآثار، لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي ت٤٥٦هـ ، تحقيق عبد الغفار سليمان البنداري، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، توزيع دار الباز للنشر والتوزيع - مكة المكرمة.

٣٠٣- المختارات الجليّة من المسائل الفقهية، لعبد الرحمن بن ناصر السعدي ت١٣٧٦هـ ، مطبوع ضمن المجموعة الكاملة لمؤلفات الشيخ عبد الرحمن ابن ناصر السعدي، مركز صالح بن صالح الثقافي بعنيزة - السعودية، الطبعة الثانية ١٤١٢هـ -١٩٩٢م.

٣٠٤- مختار الصحاح، لمحمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ت٦٦٦هـ ، مؤسسة علوم القرآن - دمشق - سوريا، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.

٣٠٥- مختصر اختلاف العلماء، تصنيف أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي ت٣٢١هـ ، اختصار أبي بكر أحمد بن علي الجصاص الرازي ت٣٧٠هـ ، دراسة وتحقيق عبد الله نذير أحمد، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت - لبنان، الطبعة الثانية ١٤١٧هـ -١٩٩٦م.

٣٠٦- مختصر الخرقي، مطبوع مع المغني لابن قدامة، بتحقيق عبد الله التركي وعبد الفتاح الحلو، هجر للطباعة والنشر - القاهرة، الطبعة الثانية ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.

٣٠٧- مختصر خلافيات البيهقي، لأحمد بن فرج اللّخمي الإشبيلي الشافعي ت٦٩٩هـ ، تحقيق ودراسة ذياب عبد الكريم ذياب عقل، مكتبة الرشد - الرياض - السعودية، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ -١٩٩٧م.

٣٠٨- مختصر شرح منظومة ابن عثمين في القواعد الفقهية وأصوله، لمحمد بن صالح العثيمين ت١٤٢١هـ ، إعداد بعض طلبة الشيخ منهم عمران عميرة عماير المرعشي الحربي، نسخة مصورة.

٣٠٩- مختصر المزني ت٢٧٤هـ ، مطبوع مع كتاب الأم للشافعي، دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت - لبنان، توزيع مكتبة المعارف بالرياض.

٣١٠- مختصر من قواعد العلائي وكلام الإسنوي، لمحمود بن أحمد الفيومي، المعروف بابن خطيب الدهشة ت٨٣٤هـ ، تحقيق مطصفى محمود البنجوي، مطبعة الجمهور - الموصل، ١٩٨٤م.

٣١١- المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، تأليف مصطفى أحمد الزرقا ت١٤٢٠هـ ، دار القلم - دمشق، الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.

٣١٢- المدخل الفقهي العام، لمصطفى أحمد الزرقا ت١٤٢٠هـ ، دار الفكر، مطابع ألف باء - الأديب ٠ دمشق، الطبعة التاسعة ١٩٦٧-١٩٦٨م.

٣١٣- المدخل للفقه الإسلامي، لعبد الله الدرعان، مكتبة التوبة - الرياض - السعودية، الطبعة الأولى ١٤٦٣هـ -١٩٩٣م.

٣١٤- المدخل للفقه الإسلامي، لمحمد سلاّم مدكور، دار الكتاب الحديث - القاهرة، الكويت، الطبعة الثانية ١٩٩٦م.
٣١٥- المدوَّنة الكبرى، للإمام مالك بن أنس الأصبحي ت١٧٩هـ ، رواية سحنون بن سعيد التنوخي ت٢٤٠هـ عن عبد الرحمن بن القاسم العتقي ت١٩١هـ عن الإمام مالك، طبع بمطبعة السعادة بجوار محافظة مصر، دار إحياء التراث العربي.
٣١٦- مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات، تأليف أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم ت٤٥٦هـ ، ونقد مراتب الإجماع، لابن تيمية، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.
٣١٧- المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين للقاضي أبي يعلى ت٤٥٨هـ، تحقيق عبدالكريم بن محمد اللاحم، مكتبة المعارف - الرياض - السعودية، الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ -١٩٨٥م.
٣١٨- المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي المقارن، تأليف سيد أمين.
٣١٩- المسؤولية المدنية والجنائية في الشريعة الإسلامية، لمحمود شلتوت، نشر مكتب شيخ الجامع الأزهر للشؤون العامة.
٣٢٠- المستدرك على الصحيحين، لأبي عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري ت٤٠٥هـ ، دراسة وتحقيق مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى ١٤١١هـ -١٩٩٠م.
٣٢١- المستصفى من علم الأصول، لأبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي الطوسي ت٥٠٥هـ ، تحقيق وتعليق محمد سليمان الأشقر، مؤسسة الرسالة - بيروت، دار الوطن - الرياض، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ -١٩٩٧م.

٣٢٢- مسند أبي يعلى الموصلي، لأحمد بن علي بن المثنى التميمي ت٣٠٧هـ ، حققه وخرّج أحاديثه حسين سليم أسد، دار الثقافة العربية - دمشق، بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٢هـ -١٩٩٢م.

٣٢٣- مسند الإمام أحمد بن حنبل ت٢٤١هـ ، وبهامشه منتخب كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.

٣٢٤- المسودة في أصول الفقه، تتابع على تأليفه كل من عبد السلام بن عبد الله بن تيمية ت٦٥٢هـ ، وعبدالحليم بن عبدالسلام بن تيمية ت٦٨٢ ، وأحمد بن عبدالحليم بن تيمية ٧٢٨هـ ، جمعها وبيضها أبو العباس أحمد ابن محمد الحراني الدمشقي ت٧٤٥هـ ، تحقيق محمد محيي الدين عبدالحميد، دار الكتاب العربي - بيروت.

٣٢٥- مشكاة المصابيح، تأليف محمد بن عبدالله الخطيب التبريزي ت٧٤١هـ، تحقيق محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي ببيروت ودمشق، الطبعة الثانية ١٣٩٩هـ -١٩٧٩م.

٣٢٦- مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية وكيف عالجها الإسلام، لمحمد صلاح محمد الصاوي، دار المجتمع - جدة، دار الوفاء - المنصورة، الطبعة الأولى ١٤١٠هـ -١٩٩٠م.

٣٢٧- المصارف والأعمال المصرفية في الشريعة الإسلامية والقانون، لغريب الجمال، دار الشروق، مؤسسة الرسالة.

٣٢٨- المصباح المنير، تأليف أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ ت٧٧٠هـ ، مكتبة لبنان - بيروت - لبنان، ١٩٨٧م.

٣٢٩- المصنف في الأحاديث والآثار، لعبد الله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي العبسي ت٢٣٥هـ ، تحقيق وتعليق سعيد محمد اللحّام، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى ١٤٠٩هـ -١٩٨٩م.
٣٣٠- المصنف، لأبي بكر عبد الرزاق بن همّام الصنعاني ت٢١١هـ ، ومعه كتاب الجامع لمعمر بن راشد الأزدي رواية عبد الرزاق الصنعاني، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، منشورات المجلس العلمي - كراتشي - باكستان، توزيع المكتب الإسلامي - بيروت، الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ -١٩٨٣م.
٣٣١- المطلع على أبواب المقنع، تأليف أبي عبد الله شمس الدين محمد بن أبي الفتح البعلي الحنبلي ت٧٠٩هـ ، ومعه معجم ألفاظ الفقه الحنبلي، صُنع محمد بشير الأدلبي، المكتب الإسلامي - بيروت، دمشق، ١٤٠١هـ - ١٩٨١م.
٣٣٢- معالم السنن، لأبي سليمان الخطابي ت٣٨٨هـ ، مطبوع مع مختصر سنن أبي داود للمنذري، تحقيق محمد حامد الفقي، دار المعرفة - بيروت - لبنان، دار الباز - مكة المكرمة.
٣٣٣- المعجم الأوسط، لأبي القاسم سليمان بن أحمد الطبراني ت٣٦٠هـ ، تحقيق طارق بن عوض الله بن محمد وعبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، دار الحرمين للطباعة والنشر والتوزيع - القاهرة - مصر، ١٤١٥هـ -١٩٩٥م.
٣٣٤- معجم الصحابة، لأبي الحسين عبد الباقي بن قانع ت٣٥١هـ ، ضبط نصه وعلق عليه أبو عبد الرحمن صلاح بن سالم المصراتي، مكتبة الغرباء الأثرية - المدينة النبوية - السعودية، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ -١٩٩٧م.

٣٣٥- معجم المؤلفين، لعمر رضا كحالة ت١٤٠٨هـ ، اعتنى به وجمعه وأخرجه مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، مؤسسة الرسالة - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ -١٩٩٣م.

٣٣٦- المعجم المختص بالمحدثين، تصنيف شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي ت٧٤٨هـ ، تحقيق محمد الحبيب الهيلة، مكتبة الصديق - الطائف - السعودية، الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ -١٩٨٨م.

٣٣٧- معجم مقاييس اللغة، لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا ت٣٩٥هـ ، تحقيق وضبط عبد السلام محمد هارون، دار الجيل - بيروت، الطبعة الأولى ١٤١١هـ -١٩٩١م.

٣٣٨- معجم لغة الفقهاء، مع كشاف انكليزي - عربي بالمصطلحات الواردة في المعجم، وضع محمد رواس قلعجة جي وحامد صادق قنيبي، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت - لبنان، الطبعة الثانية ١٤٠٨هـ -١٩٨٨م.

٣٣٩- المعجم الوسيط، قام بإخراج هذه الطبعة إبراهيم أنيس وعبد الحليم منتصر وعطية الصوالحي ومحمد خلف الله أحمد.

٣٤٠- معونة أولي النهى شرح المنتهى، لتقي الدين محمد بن أحمد بن عبدالعزيز بن علي الفتوحي الحنبلي، الشهير بابن النجار ت٩٧٢هـ ، دراسة وتحقيق عبد الملك بن عبد الله بن دهيش، دار خضر للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٦هـ -١٩٩٥م.

٣٤١- المعونة على مذهب عالم المدينة الإمام مالك بن أنس، تأليف عبدالوهاب البغدادي ت٤٢٢هـ ، تحقيق ودراسة حميش عبد الحق، مكتبة نزار مصطفى الباز - الرياض، مكة المكرمة، ١٤١٥هـ -١٩٩٥م.

٣٤٢- المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى علماء أفريقية والأندلس والمغرب، لأحمد بن يحيى الونشريسي ت٩١٤هـ ، خرجه جماعة من الفقهاء بإشراف محمد حجي، دار الغرب الإسلامي - بيروت - لبنان، ١٤٠١هـ -١٩٨١م.

٣٤٣- المغني، تأليف موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجمّاعيلي الدمشقي الصالحي الحنبلي ت٦٢٠هـ ، تحقيق عبدالله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان - القاهرة - مصر، الطبعة الثانية ١٤١٢هـ -١٩٩٢م.

٣٤٤- مغني ذوي الأفهام عن الكتب الكثيرة في الأحكام، تأليف يوسف بن عبد الهادي المقدسي الحنبلي ت٩٠٩هـ ، صححه وعلق عليه عبد الله بن عمر بن دهيش، الطبعة الثانية.

٣٤٥- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لمحمد الخطيب الشربيني ت٩٧٧هـ ، دار الفكر.

٣٤٦- مفاتيح الغيب (التفسير الكبير)، للفخر الرازي ت٦٠٦هـ ، دار الكتب العلمية - طهران، الطبعة الثانية.

٣٤٧- مفتاح السعادة ومصباح السيادة في موضوعات العلوم، تأليف أحمد بن مصطفى، الشهير بطاش كبرى زاده، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.

٣٤٨- المفردات في غريب القرآن، تأليف أبي القاسم الحسين بن محمد، المعروف بالراغب الأصفهاني ت٥٠٢هـ ، تحقيق وضبط محمد سيد كيلاني، دار المعرفة - بيروت - لبنان.

٣٤٩- المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات، تأليف أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ت٥٢٠هـ ، تحقيق محمد حجي، دار الغرب الإسلامي - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ -١٩٨٨م.

٣٥٠- المقصد الأرشد في ذكر أصحاب الإمام أحمد، تأليف برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح ت٨٨٤هـ ، تحقيق وتعليق عبدالرحمن بن سليمان العثيمين، مكتبة الرشد - الرياض - السعودية، الطبعة الأولى ١٤١٠هـ -١٩٩٠م.

٣٥١- المقنع في شرح مختصر الخرقي، لأبي علي الحسن بن أحمد بن عبدالله ابن البنا ت٤٧١هـ ، تحقيق ودراسة عبد العزيز بن سليمان بن إبراهيم البعيمي، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع - الرياض - السعودية، الطبعة الثانية ١٤١٥هـ -١٩٩٤م.

٣٥٢- المقنع، لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي ت٦٢٠هـ ، مطبوع مع كتاب الشرح الكبير وكتاب الإنصاف، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح بن محمد الحلو، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان - المهندسين - الجيزة، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ -١٩٩٣م.

٣٥٣- الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، تأليف علي الخفيف ت١٣٩٨هـ ، دار الفكر العربي، ١٤١٦هـ -١٩٩٦م.

٣٥٤- منار السبيل، تأليف إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان ت١٣٥٣هـ ، تحقيق زهير الشاويش، المكتب الإسلامي - بيروت، دمشق، الطبعة السابعة ١٤٠٩هـ -١٩٨٩م.

٣٥٥- مناسك الحج والعمرة والمشروع في الزيارة، لمحمد بن صالح العثيمين ت١٤٢١هـ ، دار وكيع للنشر والتوزيع - القصيم - البدائع - السعودية، الطبعة الثانية ١٤١٤هـ .

٣٥٦- مناقب الإمام الشافعي، لأبي السعادات مجد الدين المبارك بن محمد بن محمد بن عبد الكريم بن الأثير الجزري ت٦٠٦هـ ، تحقيق خليل إبراهيم ملاّ خاطر، دار القبلة للثقافة الإسلامية - جدة، مؤسسة علوم القرآن - بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٠هـ -١٩٩٠م.

٣٥٧- المنتقى شرح موطأ الإمام مالك، تأليف أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث الباجي الأندلسي ت٤٩٤هـ ، مطبعة السعادة بجوار محافظة مصر، دار الكتاب العربي - بيروت، الطبعة الأولى ١٣٣١هـ .

٣٥٨- منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات، تأليف تقي الدين محمد بن أحمد الفتوحي الحنبلي، الشهير بابن النجار ت٩٧٢هـ ، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى ١٤٢١هـ -٢٠٠٠م.

٣٥٩- المنثور في القواعد، لبدر الدين محمد بن بهادر الزركشي الشافعي ت٧٩٤هـ، حققه تيسير فائق أحمد محمود، شركة دار الكويت للصحافة - الصفاة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت، الطبعة الثانية ١٤٠٥هـ -١٩٨٥م.

٣٦٠- منح الجليل شرح على مختصر سيدي خليل، لمحمد عليش ت١٢٩٩هـ ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت - لبنان، ١٤٠٩هـ -١٩٨٩م.

٣٦١- منظومة في أصول الفقه وقواعد فقهية، لمحمد بن صالح العثيمين ت١٤٢١هـ، دار المحمدي للنشر والتوزيع - جدة - السعودية، الطبعة الثانية ١٤٢٠هـ.

٣٦٢- منهاج الأصول، لناصر الدين عبد الله بن عمر البيضاوي ت٦٨٥هـ، مطبوع مع كتاب نهاية السول لعبد الرحيم الاسنوي ت٧٧٢هـ، عالم الكتب.

٣٦٣- منهاج الطالبين، لأبي زكريا بن شرف النووي ت٦٧٦هـ، مطبوع مع كتاب مغني المحتاج لمحمد الخطيب الشربيني، دار الفكر.

٣٦٤- المنهج إلى المنهج إلى أصول المذهب المبرج مع شرح التكميل، لمحمد الأمين بن أحمد زيدان الجكني الشنقيطي المالكي ت١٣٢٥هـ، تحقيق ونشر الحسين بن عبد الرحمن بن محمد الأمين الشنقيطي، دار الكتاب المصري - القاهرة، ودار الكتاب اللبناني - بيروت، مكتبة عموم اللوازم والوسائل التعليمية والإدرارية - المدينة المنورة.

٣٦٥- المهذب، لأبي إسحاق الشيرازي ت٤٧٦هـ، مطبوع مع كتاب المجموع للنووي، بتحقيق وتعليق وتكميل محمد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد - جدة - السعودية.

٣٦٦- الموافقات، تصنيف أبي إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللَّخمي الشاطبي ت٧٩٠هـ، تحقيق أبي عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان للنشر والتوزيع - العقربية - الخبر - السعودية، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ -١٩٩٧م.

٣٦٧- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، تأليف أبي عبد الله محمد بن محمد ابن عبدالرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب ت٩٥٤هـ، وبهامشه

التاج والإكليل لمختصر خليل، لأبي عبد الله محمد بن يوسف العبدري، الشهير بالموَّاق ت٨٩٧هـ ، مكتبة النجاح - طرابلس - ليبيا.

٣٦٨- الموسوعة الجنائية في الفقه الإسلامي، تأليف أحمد فتحي بهنسي، دار النهضة العربية للطباعة والنشر - بيروت، ١٤١٢هـ -١٩٩١م.

٣٦٩- موسوعة القواعد الفقهية، جمع وترتيب وبيان محمد صدقي بن أحمد البورنو، أبو الحارث الغزِّي، دار ابن حزم - بيروت - لبنان، مكتبة التوبة - الرياض - السعودية، الطبعة الأولى ١٤٢١هـ -٢٠٠٠م.

٣٧٠- موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الإسلامي، تصنيف علي أحمد الندوي، توزيع دار عالم المعرفة، ١٤١٩هـ -١٩٩٩م.

٣٧١- الموطأ، لمالك بن أنس ت١٧٩هـ ، صححه ورقمه وخرج أحاديثه وعلق عليه محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية لعيسى البابي الحلبي وشركائه، توزيع دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.

٣٧٢- موقف الشريعة من المصارف الإسلامية المعاصرة، تأليف عبد الله عبدالرحيم العبادي، منشورات المكتبة العصرية - صيدا، بيروت.

٣٧٣- ميزان الاعتدال في نقد الرجال، تأليف أبي عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي ت٧٤٨هـ، تحقيق علي محمد البجاوي، دار المعرفة - بيروت - لبنان.

[ن]

٣٧٤- نصب الراية لأحاديث الهداية، لجمال الدين أبي محمد عبد الله بن يوسف الحنفي الزيلعي ت٧٦٢هـ ، مع حاشيته: بغية الألمعي في تخريج الزيلعي، بعناية إدارة المجلس العلمي - الهند، دار الحديث - القاهرة.

٣٧٥- النظريات الفقهية، تأليف محمد الزحيلي، دار القلم - دمشق، الدار الشامية - بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ -١٩٩٣م.

٣٧٦- نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء، لمحمد الروكي، منشورات كلية الآداب والعلوم الإنسانية بالرباط، مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ -١٩٩٤م.

٣٧٧- نظرية الضرورة الشرعية - حدودها وضوابطها، لجميل محمد بن مبارك، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع - المنصورة، الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ -١٩٨٨م.

٣٧٨- نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، لوهبة الزحيلي، دار الفكر المعاصر - بيروت - لبنان، دار الفكر - دمشق - سورية، ١٤١٨هـ -١٩٩٨م.

٣٧٩- نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، لمحمد فوزي فيض الله، مكتبة التراث الإسلامي - الفروانية - الكويت، الطبعة الأولى ١٤٠٣هـ -١٩٨٣م.

٣٨٠- نهاية السول في شرح منهاج الأصول، تأليف جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن الاسنوي الشافعي ت ٧٧٢هـ ، عالم الكتب.

٣٨١- النهاية في غريب الحديث والأثر، لمجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري، الشهير بابن الأثير ت٦٠٦هـ ، تحقيق طاهر أحمد الزاوي ومحمود محمد الطناحي، دار الباز لصاحبها عباس أحمد الباز.

٣٨٢- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، تأليف شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي المنوفي المصري الأنصاري، الشهير بالشافعي الصغير ت١٠٠٤هـ ، المكتبة الإسلامية لصاحبها الحاج رياض الشيخ.

٣٨٣- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، تأليف محمد بن علي ابن محمد الشوكاني ت١٢٥٠هـ ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، الطبعة الأخيرة.

٣٨٤- نيل المآرب في تهذيب شرح عمدة الطالب، ومعه الاختيارات الجلية في المسائل الخلافية، تهذيب وتأليف عبد الله بن عبد الرحمن البسام، طبع بعناية مكتبة ومطبعة النهضة الحديثة - مكة المكرمة - العزيزية، الطبعة الثانية.

[هـ]

٣٨٥- هداية الراغب لشرح عمدة الطالب، تأليف عثمان أحمد النجدي الحنبلي ت١٠٩٧هـ ، تحقيق حسنين محمد مخلوف، دار البشير بجدة، الدار الشامية ببيروت، الطبعة الثالثة ١٤١٥هـ -١٩٩٥م.

٣٨٦- الهداية شرح بداية المبتدئ، لبرهان الدين أبي الحسن علي بن عبدالجليل أبي بكر المرغيناني ت٥٩٣هـ ، مطبوع مع فتح القدير لابن الهمام ت٦٨١هـ ، دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان.

٣٨٧- الهداية شرح بداية المبتدئ، لأبي الحسن علي بن عبد الجليل المرغيناني ت٥٩٣هـ ، مطبوع مع البناية في شرح الهداية، لأبي محمد محمود بن أحمد العيني، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت - لبنان، الطبعة الثانية ١٤١١هـ -١٩٩٠م.

٣٨٨- هدية العارفين - أسماء المؤلفين وآثار المصنفين من كشف الظنون، تأليف إسماعيل باشا البغدادي ت١٣٣٩هـ ، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، ١٤١٣هـ -١٩٩٢م.

٣٨٩- الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، تأليف محمد صدقي بن أحمد البورنو، مكتبة التوبة - الرياض - السعودية، الطبعة الثالثة ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.

٣٩٠- وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، لأبي العباس سمش الدين أحمد بن محمد بن أبي بكر بن خلكان ت٦٨١هـ ، تحقيق إحسان عباس، دار صادر - بيروت، ١٣٩٨هـ -١٩٧٨م.

[المخطوطات]

٣٩١- الإشراف، لأبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري ت٣١٨هـ ، مصورة بالجامعة الإسلامية بالدينة المنورة برقم ٢٣١.

٣٩٢- شرح الزيادات، لقاضيخان ت٥٩٢هـ .

٣٩٣- القواعد، تأليف أبي عبد الله محمد بن محمد بن أحمد المقري ت٧٥٨هـ ، مخطوط مصور عن مكتبة تشستربتي - دبلن - إيرلندا، رقم ٤٧٤٨.

٣٩٤- مجموعة الأصول، لعالم حنفي غير معروف.

[شريط كاسيت]

٣٩٥- شرح المنظومة في القواعد الفقهية وأصوله، للشيخ محمد بن صالح العثيمين ت١٤٢١هـ ، شريط كاسيت، إنتاج وتوزيع مؤسسة الاستقامة الإسلامية - عنيزة - المملكة العربية السعودية.

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة

الموضـوع	الصفحة

الموضـوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضـوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضـوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضـوع	الصفحة

الموضـوع	الصفحة
المجلد الثاني	٤٣٣-٨٠٠
الباب الثالث	
القواعد والضوابط المتعلقة بالمضمون	٤٣٣-٥٦٦

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضـوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضـوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضـوع	الصفحة